wenn der Deponent angibt, er habe zu verschiedenen Zeiten von verschiedenen (wenn auch nicht namhaft gemachten) Leuten, die als Kundige angesehen werden können, gehört, daß dieses oder jenes Rechtens sei, oder daß man ihm gesagt, es sei stets so gehalten, und er auch nicht vernommen habe, daß es anders angesehen oder gehalten worden [37]. Freilich messen wir derartigen Mittheilungen, die nur nackten Angaben Anderer ihren Ursprung verdanken, nicht eben viel Beweiskraft bei. Jedenfalls stehen sie in dieser Beziehung unsers Erachtens hinter umständlich referirten Acten der Uebung einer Gewohnheit, welche deutlich die opinio necessitatis ergeben, zurück.

XV.

Die wechselseitige Verbürgung und die Bedeutung der Novelle 99.

Von

Herrn Dr. jur. Ad. Dedekind
in Braunschweig.

(Schluß.)

§. 8.

Die s. g. communis opinio.

Nach ihr hat die Novelle 99 eine ganz andere, weit wichtigere und höchst praktische Bedeutung. Die Fraction derselben, welche noch am Meisten am Texte festhält [1], findet in ihr zwei

37) Man vergl. die von Seuffert im Archiv pp. mitgetheilten Entscheidungen der Ober-Appell.-Gerichte zu Celle, Cassel und Lübeck (Bd. 1. Nr. 172. Bd. 7. Nr. 118), deren Argumente auch für unsere Frage passen dürften.

1) Zu dieser Fraction gehören von den Neueren: Ribbentrop: Zur Lehre v. d. Correal-Oblig. S. 116; v. Schröter in der Zeitschr. f. Civilrecht und Prozeß, Bd. 6, S. 435 ff.; Fritz, Erläuterungen zu Wening-Ingenheim, Bd. 2, S. 193 ff.; Puchta, Vorles. Bd. 2, S. 36; Liebe,

Hauptbestimmungen; zuerst die, daß die solidarische Haftung der Correal=Schuldner nur noch für den Fall bestehen bleiben solle, wenn sie sich ausdrücklich des Wortes „in solidum" oder eines gleichbedeutenden bedient hatten[2]); zweitens die, daß auch im letztern Falle (in welchem allein also die Correal=Obligation existiren würde) den Schuldnern das beneficium divisionis zustehen solle. — Eine zweite Fraction, und mit ihr wohl die ganze und namentlich ältere Praxis, dehnt die Ertheilung jenes beneficii divisionis auf alle solidarisch haftenden Schuldner aus, mit Ausschluß derer, welche aus Delicten in solidum haften[3]). Wird es uns gelingen, die Unhaltbarkeit der strengern, beschränktern Interpretation dieser Partei nachzuweisen, so fällt damit natürlich auch die der noch weiter gehenden Fraction.

Die s. g. communis opinio stammt bereits aus der Zeit der Glossatoren und hat namentlich dadurch an Ausbreitung und Geltung gewonnen, daß sie, offenbar in Folge eines Mißverständnisses des Vulgat=Textes, durch die Authentica Hoc ita in den Titel Cod. de duobus reis (8. 40) als geltendes Recht verpflanzt wurde[4]). Die auch in der Vulgat=Uebersetzung nicht zu

---

die Stipulation u. d. einf. Verspr. S. 218, f.; unsre meisten Pandekten=Lehr= und Handbücher, z. B. Göschen, Bd. 3, S. 15; Roßhirt, Bd. 2, §. 373; Schweppe, Bd. 3, §. 374; Böcking, §. 119, not. k); Arndts, §. 215; Brinz, §. 143 (vgl. Dedekind l. c. §. 88, not. 4).

2) So schon Cujacius in Expos. Novellar. zu Nov. 99: „Notandum ex hac Nov., duos reos non teneri in solidum singulos, etiamsi facti sint eo modo qui proponitur l. 4. D. de duob. reis (45. 2), id est, etiamsi agatur, nisi exprimatur nominatim: quod olim necesse non fuit exprimi nisi in specie l. 11. i. f. eod.; et sic Justin. noluit etiam novationem fieri, quamvis hoc ageretur, nisi et nominatim exprimeretur." Ebenso in Recitat. solemn. in Libr. II—IX. Cod. ad l. 18 C. de pactis. ini. (Opp. Ed. Venet. et Mutin. T. IX. pg. 92). Aehnlich Anton. Fabri Conject. jur. civ. Lib. 11. c. 4.

3) Zu dieser Fraction sind unter Andern zu zählen: Pufendorf, Obs. jur. univ. Tom. 2. Obs. 77; Mühlenbruch, Pand. Bd. 2. §. 492; Seuffert, Pand. Bd. 2. §. 228; Sintenis Prakt. gem. Civilrecht. Bd. 2. §. 89, Anm. 35 (vgl. unten §. 11 unter IV) und die große Mehrzahl der älteren Praktiker (vgl. Dedekind, l. c. §. 88. no. 2).

4) Diese Authentica (die jetzt kaum noch beachtet wird) ist an die l. 2, welche die Haftung der correi in solidum erwähnt, folgendermaßen angeknüpft:

verkennende Beziehung auf die wechselsweise Verbürgung (alterna fidejussio) beseitigten die Glossatoren dadurch, daß sie jede Correalobligation als eine gegenseitige Bürgschaft zu erklären suchten, dabei aber doch wieder sich in sehr verschiedenen Folgerungen und Vermuthungen ergingen [5]). Erst die Herausgabe des mit einer genauern Uebersetzung versehenen griechischen Original-Textes durch Haloander (im J. 1531) verursachte ernstere Zweifel an der Richtigkeit der bisherigen Interpretation, und es ist nach und nach, besonders wieder in neuester Zeit, ein großes Material zusammengetragen, ihre Unhaltbarkeit nachzuweisen.

Die Hauptfrage ist: kann das in der Novelle 99 vorkommende „ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι“ mit Correal-Schuldner wieder gegeben werden?

Darüber sind wohl Alle einig, daß die ursprüngliche, aus der Zusammensetzung von ἀλληλεγγύως (ἀλλήλων und ἐγγύαομαι) zu folgernde Bedeutung jener Worte die von solchen Schuldnern ist, welche sich für einander verbürgt haben [6]). Nach den Ausführungen von Donellus, Asverus, Burchardi, Heimbach und v. Vangerow [7]) kann dies keinem Zweifel mehr unterliegen. Aber eine andere Frage ist es, ob nicht bei der ziemlich nahe liegenden Aehnlichkeit der wechselseitigen Bürgschaft und der Correalschuld der jenes Verhältniß bezeichnende Ausdruck auch auf dieses habe übertragen werden können, und namentlich von Justinian in dieser Bedeutung gebraucht worden sei.

Vor Allem muß nun bemerkt werden, daß Correalschuld und

„Hoc ita, si pactum fuerit speciale, unumquemque teneri in solidum, et si alter inops sit in solidum vel in partem, ut id saltem de altero petatur, vel si absens sit. Quum enim ambo adsunt, per judicem producuntur, negotiumque communiter examinatur, et sententia communiter infertur. Quod fiet per administratorem, si judex sit delegatus. Sin autem non convenit specialiter, ex aequo sustinebunt onus. Sed et si convenit, si tamen ambo praesentes sint et idonei, simul cogendi sunt ad solutionem.“

5) Siehe Asverus, Spec. inaug. ad Novellam 99 (Jenae 1823) p. 8; besonders aber Girtanner a. a. O. S. 151 ff.

6) Die entgegengesetzte von Pufendorf, Observat. jur. univ. Vol. 2, Obs. 77, gegebene Erklärung wird wohl keine Vertheidiger mehr finden.

7) Dedekind, l. c. §. 78. no. 1, wo die betreffenden Nachweisungen.

wechselsweise Verbürgung denn doch keineswegs als identisch oder auch nur in einander übergehend anzusehen sind. Wir wollen zugeben, daß man die Verpflichtung der Correal-Schuldner so ansehen könne, als habe jeder derselben sich für die Theile der übrigen verbürgen wollen; aber daß dies die Römische Anschauung gewesen, ist nirgends zu ersehen, wird vielmehr durch verschiedene Umstände auf's Bestimmteste widerlegt. Wir rechnen dahin z. B. den Rechtssatz, daß correi unter einander an und für sich keinen Regreß haben, während doch, hätte man die Correalschuld als mit der wechselsweisen Verbürgung verwandt angesehen, ihnen der eigentlich nicht mehr als billige Regreß hätte gewährt werden müssen. Wir finden ferner in der l. 11. pr. D. de duob. reis (45. 2) eine Nebeneinanderstellung beider Nebenverträge, die zugleich ein direktes Auseinanderhalten in sich schließt. Es mußte endlich dem formellen Sinne der Römer, welche in der wechselsweisen Verbürgung schon der bei ihrer Entstehung gebrauchten Stipulations-Form wegen eben nur eine Verbürgung sehen konnten, widerstreben, diese mit einem andern Rechtsverhältnisse, das wieder seine specifischen Formen erforderte, irgendwie zusammenzuwerfen [8]).

Nun besitzen freilich die Griechen keinen recht sprechenden Ausdruck für die Correalschuld, ebensowenig wie die Römer selbst [9]). Sie gebrauchen vielmehr entweder die Römische Bezeichnung unverändert (wie Theophilus) oder übersetzen sie einfach in ihre Sprache (wie in den Basiliken). Man könnte daher sagen, es habe Justinian, als er die weittragenden angeblichen Neuerungen unserer Novelle einführte, auch einen neuen Kunstausdruck für das umzugestaltende Rechtsverhältniß schaffen wollen und dazu die gewöhnliche Bezeichnung eines mindestens materiell verwandten andern Nebenvertrages gewählt.

Aber wie unbedachtsam wäre es dann vom Kaiser gehandelt

8) Es ist der Nachweis der Verschiedenheit von correaler Haftung und wechselsweiser Verbürgung schon so oft und so evident geführt, daß es völlig unbegreiflich ist, wie in neuerer Zeit die entgegengesetzte Meinung wieder hat Boden gewinnen können.

9) Denn das „duo rei promittendi, duo rei stipulandi" ist nichts weniger als sprechend, ganz abgesehen davon, daß es nur auf die durch Stipulation eingegangenen Correal-Obligationen zielt.

gewesen, in dem Gesetze, welches die Correalschuld betreffen sollte und doch speciell auf ein kurz vorangegangenes von der Bürgschaft handelndes Gesetz Bezug nahm und verwies, einen Ausdruck für Correalschuld zu gebrauchen, der seiner Zusammensetzung nach gerade eine Art der Bürgschaft bezeichnete, und nicht zugleich hinzuzufügen, daß derselbe nun nicht diese, sondern Correalschuld bedeuten solle!

Kein Grieche hat daher auch, so viel wir wissen, sich bewogen gefühlt, die *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους* für etwas Anderes als Schuldner, die sich für einander verbürgt haben, anzusehen. Erst den Glossatoren, welche den Inhalt der Novelle nur aus der mittelmäßigen Vulgat-Uebersetzung und etwa dem Julian kannten, war es vorbehalten, ziemlich schuldlos die große Rechtsverwirrung herbeizuführen.

Es müßten nämlich, wenn die Nachfolger der Justinianeischen Gesetzgeber die von der communis opinio gewollte folgenreiche Auffassung der Novelle getheilt hätten, Spuren davon erhalten sein. Aber nichts weniger als das. Von Theophilus, welcher das Institutionen-Recht der Correal-Obligation unverändert vorträgt, sehen wir ab, da er das in Frage kommende Collegienheft vor Erlaß der Novelle 99 dictirt haben mag. Aber sein Zeitgenosse Julian hat, wie wir aus seinem oben §. 7 abgedruckten Novellenauszuge ersehen, keine Ahnung davon, daß die *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* Correalschuldner sein sollen. Ebenso wenig wird man den oben citirten Novellen-Epitomatoren etwas Derartiges unterschieben wollen. Noch fataler steht es mit den Basiliken. Diese tragen nicht allein in dem der Correal-Obligation gewidmeten Titel (XXVI, tit. 3) das Recht des Codex ganz unverändert vor, sondern schalten die Novelle 99 nicht hier, vielmehr in den vorhergehenden Titel, der sonst mit keiner Sylbe der Correal-Obligation erwähnt, als Anhang der Novelle 4 ein. Wo ferner Constantin Harmenopulus des Ausdrucks *ἀλληλεγγύως* sich bedient[10]), da ist es sogar durchaus nothwendig, denselben

---

10) Manuale legum. Lib. 3. Tit. 6 (de fidejussor. et constitutae pecuniae reis) §. 17; vgl. besonders Burchardi im Archiv f. d. civil. Prax. Bd. 19. S. 65.

auf die wechselsweise Verbürgung und nicht auf die Correalschuld zu beziehen. Noch wichtiger aber und nach unserer Ueberzeugung völlig schlagend ist eine Stelle aus der erst jetzt bekannt gewordenen Practica ex actis Eustathii Romani[11]). Hier wird im XI. Titel, welcher die Ueberschrift „Περὶ ἐπερωτήσεων" trägt, ausschließlich von der Bezeichnung der Correal-Obligation gesprochen. Nachdem bemerkt ist, welcher Ausdrücke sich die Römer bedient haben, und daß bei ihnen unter „duo rei" nicht bloß Correal-Schuldner, sondern auch Correal-Gläubiger verstanden würden, heißt es weiter: *Οἱ δὲ ἐξελληνίσαντες τὰ νόμιμα, μὴ δυνηθέντες ἐκφράσαι τό ῥητὸν καὶ δηλῶσαι καὶ ἐναγομένους καὶ ἐνάγοντας, δύο ἐπερωτῶντας εἶπον, ὅπερ ἔχει ἐν ἑαυτῷ καὶ τὴν τοῦ ἐπερωτῶντος καὶ τὴν τοῦ ἐπερωτωμένου σημασίαν.*

Also: „Diejenigen aber, welche die Gesetze in's Griechische „übertragen haben, außer Stande, das Wort wiederzugeben und „zugleich Gläubiger und Schuldner zu bezeichnen, bedienten sich „des Ausdrucks *δύο ἐπερωτῶντες*, welches die Bedeutung sowohl „des stipulator als des promissor in sich trägt." Wie könnte Eustathius, der, wie wir sehen werden, gleich im folgenden Titel XII das Wort *ἀλληλέγγυος* gebraucht, an dieser Stelle dasselbe übersehen haben, wenn es wirklich die Bedeutung von „Correal-Schuldner" gehabt hätte! Die Autorität des Eustathius, der also keinen andern Ausdruck für „duo rei" kannte als den in den Basiliken gebrauchten „*δύο ἐπερωτῶντες*" (oder „*δύο ἐνάγοτες*" und „*δύο ἐναγόμενοι*") ist aber um so größer, als er einer der ersten Rechtsgelehrten seiner Zeit und seines Landes war, und seine Blüthezeit kaum 50 Jahre nach Publikation der auf uns gekommenen zweiten Basiliken-Bearbeitung (nach 945) fällt[12]).

Es bleibt nun aber noch eine andere Stelle aus der eben

---

11) Ex Cod. Laurent. ed. Zachariae a Lingenthal (1. Bd. des Jus Graeco-Romanum. Leipzig, 1856).

12) Er lebte noch um's Jahr 1025 und scheint ein hoher Beamter zu Constantinopel gewesen zu sein. „Eustathius Romanus", sagt Zachariae in der Vorrede zu dem angeführten Werke, „ob legum peritiam, decisionum facundiam, judiciorum et aequitatem et integritatem merito celebratus fuit." Desto verstümmelter sind uns seine in der Practica compilirten Aussprüche überliefert.

citirten Practica zu besprechen, aus welcher Brinz[13]) gerade das Gegentheil des bisher ausgeführten Satzes nachzuweisen sucht. Aus dem §. 6 des Titel XII der Practica — welcher von der Bürgschaft (Intercession) der Frauenzimmer („*περὶ ἐγγυημένων γυναικῶν*") handelt — soll hervorgehen, daß die Griechen unter den *ἀλληλέγγυοι* auch Correal-Schuldner verstanden hätten. „Als ein Gläubiger, heißt es, ein Frauenzimmer, welches in Gemeinschaft mit Jemandem ein Darlehen aufgenommen und die Schuld unter wechselseitiger Verbürgung übernommen hatte, auf das Ganze verklagte, da entschied Eustathius und sprach die Frau von der Haftung aus der Bürgschaft frei, folgendermaßen urtheilend: der Gläubiger hat die ganze Schuld von der Frau eingefordert, weil in dem Vertrags-Dokumente geschrieben steht, Jeder hafte für das Ganze und Einer für den Andern."

Ὅτι γυνὴ μετά τινος ἐδανείσατο, καὶ τὸ δάνειον συνέστη μετ᾽ ἀλληλεγγύου ἐνοχῆς, καὶ ἕλκοντος τοῦ δανειστοῦ τὴν γυναῖκα εἰς τὸ ὅλον χρέος, ἔκρινεν ὁ μάγιστρος καὶ ἠλευθέρωσε ταύτην τῆς ἐνοχῆς τῆς ἐγγύης γράψας οὕτως· ὁ δανειστὴς τὸ χρέος ἅπαν ἐκ τῆς γυναικὸς ἐπεζήτει διὰ τὸ ἐγγεγράφθαι τῇ ὁμολογίᾳ ἑκάτερον πρόσωπον εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου.

Nur so weit theilt Brinz die Stelle mit. Zu ihrem Verständniß gehört aber nothwendig auch der nun folgende Theil. „Dies ist aber weder nach dem Gesetze richtig, noch hat der Gerichtshof einen solchen Satz angenommen. Denn von jeglicher Bürgschaft ist das weibliche Geschlecht durch das Gesetz freigesprochen; dasselbe aber ist Bürgschaft und Haftung aus wechselseitiger Verbürgung."

Ἀλλ᾽ οὐ τῷ νόμῳ τοῦτο δοκεῖ, οὐδὲ τὸ δικαστήριον τὴν τοιαύτην προσήκατο πρότασιν· ἐγγύης γὰρ ἁπάσης τὸ θῆλυ γένος ὁ νόμος ἀφῆκεν ἀνώτερον· ταὐτὸν δὲ ἐστὶν ἐγγύη καὶ ἀλληλέγγυος ἐνοχή.

Nun folgt eine Stelle, die wir für unsere Person mit dem besten Willen zu verstehen nicht vermögen: *ὥστε οὐδὲ ἡ ἐντεθεῖσα τῷ ἐγγράφῳ περὶ τῆς ἀλληλεγγύου εἰς πράξεως συμ-*

---

13) Lehrb. d. Pandekten. Bd. 1. S. 621.

φωνία .....[14]) *τοῦτο δὲ τὸ νομικὸν ἐκ μονοπλεύρου κρατεῖν εἶχεν ἰσχύν.*

Sie scheint sagen zu wollen: daß nun auch ein Frauenzimmer, welches sich in einem Dokumente *ἀλληλεγγύως* verpflichtet habe, aus dieser Bürgschaft in der That nicht hafte. Die Worte „*τοῦτο δὲ νομικὸν*“ *κ. τ. λ.* — „diese Bestimmung aber hat nur für den einen Theil (oder nach einer Seite hin) Kraft (?) — mögen sich auf den gleich folgenden Unterschied beziehen. Offenbar ist aber vor ihnen eine größere Lücke. Es heißt dann weiter: „Denn wenn die Frau zur Bezahlung der Hälfte der Schuld nicht im Stande ist, so würde der Johannes (ihr Mitschuldner) gezwungen sein, die ganze Schuld zu bezahlen; wenn aber dieser die Zahlung der Hälfte nicht vermag, so braucht doch die Frau nicht mehr zu entrichten, als die sie treffende Hälfte. Denn soweit sie Hauptschuldnerin ist, haftet sie; von dem von ihr als Bürgin übernommenen Theile sprechen sie die Gesetze los.“

Τῆς μὲν γὰρ γυναικὸς ἀπορούσης πρὸς τὴν ἡμίσειαν τοῦ χρέους ἔκτισιν, πρὸς ἀνάγκης ἂν ἦν τῷ Ἰωάννῃ καὶ εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι· τούτου δὲ πρὸς καταβολὴν ἀτονοῦντος τοῦ ἡμίσεως, ἡ γυνὴ οὐδὲν πλέον τῆς ἐπιβαλλούσης αὐτῇ μερίδος ἐκτίννυσι· ὡς πρωτότυπος μὲν γὰρ εὐθύνην ἔχει, τὸ δ' ἐξεγγυημένον μέρος ἀποδιοπομποῦσι ταύτης αἱ διατάξεις. —

Wir haben in der vorstehenden Uebersetzung die „*ἀλληλέγγυος ἐνοχή*“ mit „wechselsweiser Verbürgung“ und nicht mit „Correalschuld“ wiedergegeben. Nach unserer Ueberzeugung enthält die Stelle nämlich geradezu eine Illustration der Novelle 99. Zwei Personen, die eine ein Frauenzimmer, haben sich für eine gemeinschaftliche Schuld verbürgt und in dem darüber aufgenommenen Dokumente (vielleicht zur Verschleierung der unterliegenden Intercession) erklärt, daß sie in solidum, Einer für den Andern haften wollten. Da der Mitschuldner insolvent ist, so verlangt nun der Gläubiger Verurtheilung des Frauenzimmers zur Zahlung der

---

14) Hier bemerkt der Herausgeber: „Videtur aliquid desse. Supple *κρατεῖ*, nisi altius corruptela lateat.“ Das Letztere wird wohl der Fall sein.

ganzen Schuld. Eustathius weist ihn aber mit der Hälfte seiner Forderung ab, weil in der wechselsweisen Verbürgung eine (nichtige) Intercession für den einen Theil der Schuld liege. Er bemerkt schließlich, daß es anders sein würde, falls der Mitschuldner solvent, das Frauenzimmer aber insolvent wäre; dann müsse der Letztere auch die Rate dieser mit übernehmen. Es stimmt diese Entscheidung also vollständig mit den durch die Nov. 4 und 99 modificirten Regeln über die wechselsweise Verbürgung und ist ein eclatanter Beweis mehr für die Richtigkeit unserer Interpretation des letztgenannten Gesetzes.

Der von Brinz gewollten Uebersetzung der ἀλληλέγγυος ἐνοχή mit „Correalschuld" stehen nun aber nicht allein alle die allgemeinen Gründe, sondern insbesondere die oben angeführte andere Stelle aus dem Eustathius entgegen, wonach die Griechen gar keinen specifischen Ausdruck für Correalschuld hatten; nicht minder der Satz unserer Stelle: „ταὐτὸν δὲ ἐστιν ἐγγύη καὶ ἀλληλέγγυος ἐνοχή", welcher offenbar unrichtig sein würde, falls ἡ ἀλληλέγγυος ἐνοχή Correalschuld bedeutete.

Für die Brinz'sche Interpretation scheint allerdings der Passus „διὰ τὸ ἐγγεγράφθαι" κ. τ. λ. zu sprechen; denn wenn der Inhalt der ἀλληλέγγυος ἐνοχή in der Erklärung besteht: ἑκάτερον πρόσωπον εἰς ὁλόκληρον εὐθύνεσθαι καὶ ἕκαστον ἀντὶ τοῦ ἑτέρου — so möchte wohl ἀλληλέγγυος ἐνοχή hier im Sinne von Correalschuld verstanden sein. Aber nichts zwingt uns, diese in der ὁμολογία niedergeschriebene Erklärung „ἑκάτερον" κ. τ. λ. als die Bezeichnung des Inhalts gerade der ἀλληλέγγυος ἐνοχή anzusehen; sie kann vielmehr ebensowohl als eine noch neben der wechselsweisen Verbürgung hinzugefügte Nebenverpflichtung der Schuldner betrachtet werden, die der Gläubiger in dem Glauben hatte aufnehmen lassen, daß eine solche Erklärung geeignet wäre, die Berufung auf das S. C. Vellejanum auszuschließen. Diese Annahme wird durch die ganze Fassung der Stelle, insbesondere durch die stete Betonung der Bürgschafts-Qualität der eingegangenen Verpflichtung im höchsten Grade wahrscheinlich gemacht. Es enthält dann unsere Stelle eben nichts, als die Besprechung eines Falles, wie er in der zweiten (Haupt-) Bestimmung der Nov. 99 vorgesehen ist. —

So dürfen wir denn den Satz mit vollster Kraft aufrecht erhalten, daß in der ganzen byzantinischen juristischen Literatur das Wort ἀλληλέγγυος ἐνοχή, so oft es auch vorkommt, nur in der ursprünglichen Bedeutung von wechselsweiser Verbürgung gebraucht worden ist.

Schlägt diese einzige Thatsache allein nicht schon Alles darnieder, was für die communis opinio irgend angeführt werden kann? Wenn es fest steht, daß die ganze byzantinische Gesetzgebung und Jurisprudenz, deren Zeugnisse bis zu Justinian selbst hinaufreichen, unser Gesetz auf die Correalschuld nicht bezogen hat, so liegt doch für uns kein Grund vor, weiser sein zu wollen als die Griechen, und unter Abweichung von der ursprünglichen und sprachgemäßen Bedeutung des von den Byzantinern nur in dieser gebrauchten Wortes eine andere willkürliche an die Stelle zu setzen.

Aber es streiten noch manche andere Gründe gegen die Möglichkeit der gemeinen Meinung. Ihre Anhänger berufen sich zunächst sogar auf die Vorrede der Novelle, obwohl diese das neue Gesetz eben nur als eine nicht unwichtige Erläuterung und Vervollständigung der Nov. 4 bezeichnet. Allerdings gehen der Nov. 99 drei wichtige, die Bürgschafts-Obligationen betreffende Gesetze Justinian's vorher — die l. 3. Cod. de constit. pecun. (4. 18); die l. 28. Cod. de fidejuss. (8. 41) und das cap. 1 der Nov. 4 — von denen sich die l. 28. cit. auch auf die Correal-Obligation bezog. Bei der Correalität der Bürgschafts-Obligationen konnte, will man sagen, die Novelle 99, welche den Schluß der kaiserlichen Gesetzgebung über diese Art Verhältnisse enthielt, recht gut an die früheren Verordnungen, insbesondere an die Nov. 4 als die letzterlassene angeknüpft werden. Aber jeder Unbefangene wird zugestehen, daß durch eine solche Beziehung der fraglichen Vorrede bei ihrer engen Fassung der größte Zwang angethan wird.

Man hat sich auch darauf berufen, daß die Vorrede das neue Gesetz als eine so wichtige, ja wohlthätige Neuerung bezeichne, daß die Annahme, dasselbe beziehe sich auf einen so ungewöhnlichen Fall, wie die wechselsweise Verbürgung, nicht statthaft sei. Mit Recht hat man hiergegen gerade umgekehrt die im Vergleich zu anderen Verordnungen Justinian's so große Bescheidenheit der in der Vorrede gebrauchten Ausdrucksweise hervorgehoben.

Aber, sagt man ferner, es ist die Novelle 99 nur eine naturgemäße Entwickelung des ältern Rechts, der Schlußstein der allmähligen Ausdehnungen des auxilium Divi Hadriani[15]). Auch dieses, also die principielle Berechtigung der neuen die Correal=Obligation betreffenden Vorschriften, muß auf das Allerentschiedenste in Abrede gestellt werden. Zunächst würde von jener angeblich naturgemäßen Ausdehnung des beneficium divisionis der erste Satz der Novelle gar nicht berührt, der nämlich, daß in Zukunft nur da noch eine passive Correal=Obligation entstehen solle, wo man sich ausdrücklich des Wortes „in solidum“ bedient habe. Es würde darin insbesondere, wie man annimmt, die Aufhebung der so überaus sprechenden Formel bei der Stipulation liegen, welche uns die Institutionen überliefert haben. Warum in aller Welt diese Neuerung? — Aber kaum weniger unangemessen erscheint die zweite Bestimmung, nach der nun eben die, welche ausdrücklich ihre Absicht, in solidum haften zu wollen, erklärt haben, dennoch eine Einrede der Theilung haben sollen. Es ist dies eine offenbare Aufhebung des ganzen so wichtigen und nützlichen Instituts der Correal=Obligation; eine Aufhebung, welche sich aus den früheren allmähligen Ausdehnungen des beneficium divisionis der Mitbürgen keineswegs irgendwie rechtfertigen läßt. Die Obligationen nämlich, auf die diese Rechtswohlthat im Laufe der Zeit erstreckt wurde, haben unläugbar einen ganz andern Charakter, als die einfache Correal=Obligation. Man wird die Einrede der Theilung ohne Bedenken von mehreren Mitbürgen auch auf mehrere Mandatoren und Constituenten, auf mehrere Tutoren und Magistrate erstrecken können, ohne sie auch bei wahren Correal-Schuldnern für angebracht erklären zu müssen. In jenen fünf Obligationen, in denen das benef. divisionis zur Zeit Justinian's galt, haften diejenigen, denen es zu Theil wird, ohne ihr Zuthun, ohne ihre ausdrückliche Willenserklärung, ipso jure solidarisch; sie haften ferner entweder, wie in den drei erstgenannten Fällen, als accessorische Schuldner für die Schulden Anderer, oder, wie in den beiden anderen, aus Verpflichtungen, die eine unfrei=

15) So Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 37 und viele Andere.

willige, auf Grund einer allgemeinen bürgerlichen Pflicht entstandene Stellung, wieder im Interesse Dritter, ihnen aufbürdete. Ganz anders bei den Correal-Schuldnern. Hier entspringt die solidarische Haftung aus ausdrücklicher von freiem Willen dictirter Erklärung und in Verpflichtungen, die (in der Regel und präsumtiv) ausschließlich in eigenem Interesse eingegangen werden. Zwischen jenen Verhältnissen und diesem liegt eine weite Kluft, die nicht in Folge einer consequenten Erweiteruug, sondern nur durch einen gewagten Sprung überschritten werden konnte [16]). Wohl war dieser Alles entscheidende Unterschied auch dem Kaiser Justinian bekannt, der bei Einführung des beneficium divisionis auch für mehrere Constituenten als Grund hinzufügte: „aequitatem enim divisionis species actionis excludere nullo modo debet" [17]).

Wir können daher nichts weniger als eine angemessene Entwickelung des Rechts der Theilung in der angeblichen neuen Vorschrift der Novelle finden. Sie würde eine theoretische Inconsequenz enthalten, zugleich aber unter völliger Umgestaltung des wichtigsten aus der Correalität folgenden Rechtes der durch diese herbeizuführen gesuchten Sicherheit und Promtheit der Rechtsverfolgung einen argen Stoß versetzen.

Ueberaus auffallend wird dann aber noch der Umstand, daß Justinian die ertheilte Rechtswohlthat gerade auf jene Obligirungs-Weise beschränkt hätte, in welcher die Promittenten ihre Absicht, in solidum, d. i. eben ohne Anspruch auf Theilung, haften zu wollen, ausdrücklich erklären müssen. Warum, müssen wir fragen, sollen derselben Einrede, welche den eigentlichen Correal-Schuldnern ertheilt wird, nicht ebenso gut alle jene Schuldner sich erfreuen, welche in Folge irgend eines Rechtssatzes solidarisch haften? Warum soll die neue Vorschrift eben nur da zur Anwendung kommen, wo die Schuldner gerade die Absicht, sich keines

---

16) Dedekind. l. c. p. 140. 149. 169 sq.

17) l. 3. Cod. de constit. pecun. (4. 18). Dies die (wahrscheinlich) richtige Lesart mit Bezugnahme auf Papinians: „si enim, quod datum pro alio, solvitur, cur species actionis aequitatem divisionis excludit?" in l. 7. D. de fidejuss. et nomin. tut. (27. 7). Cf. Dedekind, l. c. p. 140 sq.

Rechts auf Theilung bedienen zu wollen, ausdrücklich erklären? Ganz consequent, aber in völligem Widerspruche mit dem Wortlaut der Novelle, dehnte daher die ältere s. g. communis opinio das in derselben angeblich den Correal-Schuldnern ertheilte Privilegium auch auf alle Solidar-Obligationen aus, mit Ausnahme der Delicts-Obligationen[18].

So haben wir denn eine Anzahl von Gründen aneinander gereiht, welche, theilweise jeder für sich, in ihrer Gesammtheit oder unzweifelhaft, die Unmöglichkeit der communis opinio nachweisen. Kein Unbefangener wird, so hoffen wir, bei sorgfältiger Prüfung noch der Ansicht zustimmen wollen, Justinian habe in der Novelle 99 die eigentliche Correal-Obligation umgestalten wollen.

Es bleibt indessen noch ein sehr scheinbarer Einwand zu widerlegen. Auch von denen nämlich, welche zugeben, der griechische (Original-) Text könne nicht auf Correal-Schuldner bezogen werden, kann entgegnet werden, nicht dieser, sondern der lateinische Vulgat-Text der Novellen sei in Deutschland recipirt. Es findet sich diese Ansicht wirklich auch in einem oberstgerichtlichen Erkenntnisse Deutschlands vertreten, wo es heißt: „Von den Glossatoren „sei bei Abfassung der Glosse nur die lateinische Sammlung zum „Grunde gelegt, und nur der glossirte Theil dieser lateinischen „Sammlung, unabhängig von der erst später, im Anfang des „16. Jahrhunderts, auf uns gekommenen griechischen Sammlung „und mit seinen Abweichungen von dieser, sei in Deutschland re„cipirt und in die Gerichte gekommen"[19]. Bekanntlich ist diese Frage eine sehr bestrittene. Indessen ist man darüber einig, daß die Parömie: Quicquid non agnoscit Glossa, nec agnoscit Curia keineswegs den Sinn habe, daß bei uns die Jurisprudenz der Glossatoren recipirt sei. Hiemit fällt denn auch jedes geset-

---

18) Ueber Sintenis' Meinung, der von den Neueren wieder diese ausgedehnteste Beziehung der Nov. 99 vertheidigt, wird im §. 11 unter IV besonders die Rede sein.

19) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 25. April 1830 bei Matthiae Controversen-Lexikon (Leipzig, 1856) I. Abth. S. 86. Die Stellung dieses Präjudizes unter den Artikel Beneficium divisionis beweist, daß dasselbe den in den Text aufgenommenen Grundsatz gerade mit Beziehung auf die Nov. 99 annahm.

liche Ansehen der von den Glossatoren dem Codex einverleibten Authentiken, da diese eben nur die damalige Rechtsanschauung bekunden[20]). Es ist dies wichtig, weil die aus der Novelle 99 entnommene Authentica Hoc ita die s. g. communis opinio enthält. Es steht ferner fest, daß Ansichten der Glossatoren, welche nachweislich dem Inhalte auch des lateinischen Vulgat-Textes der Novellen widersprechen, für uns keine maaßgebende Bedeutung haben. Wir brauchen daher die Controverse, ob im Fall des Widerspruchs des griechischen und lateinischen Textes dieser oder jener den Vorzug habe, dann nicht zu erörtern, wenn es sich herausstellt, daß die Theorie der Glossatoren, also der gemeinen Meinung, keineswegs auch nur mit der Vulgata harmonirt, insbesondere, daß Vulgata und griechischer Original-Text in der Hauptsache übereinstimmen.

Nun lautet aber die **Vulgata** in der Hauptstelle folgendermaßen:

Si quis enim **alterna fidejussione obligatos** sumat aliquos, si quidem non adjecerit, oportere et unum horum in solidum teneri, omnes ex aequo conventionem sustinere. Si vero aliquid etiam tale adjiciatur, servari quidem pactum, non tamen mox ab initio unumquemque in solidum exigi, sed interim secundum partem, qua unusquisque obligatus est; cedere autem eum et contra reliquos, si et idonei sunt, et in loco....

Diese sehr (fast zu sehr) wortgetreue Uebersetzung des griechischen Textes ist also ebenso wenig, wie die Epitome des Julianus[21]) auf das einfache Correal-Verhältniß zu beziehen. Denn „**alterna fidejussione obligati**" sind eben nichts Anderes als Schuldner unter gegenseitiger Verbürgung. Die Glossatoren wurden auch offenbar nicht durch diese Worte zu der Annahme verleitet, die Novelle spreche von Correal-Schuldnern, sondern wohl durch die Ansicht von der Identität der Correal-Obligation und der wechselsweisen Verbürgung, Spätere auch vielleicht durch die **Ueberschrift** des Gesetzes. In den Handschrif-

20) Vgl. z. B. **Spangenberg**, Einleitung in das Röm.-Justin. Rechtsbuch (Hannover, 1817) S. 174.

21) S. oben §. 7.

ten wird hier nämlich der griechische Text „Περὶ ἀλληλεγγύων“ mit „De reis promittendi“ übersetzt. Während der Verfasser der Vulgata[22]) vielleicht mit dieser Ueberschrift den Hauptfall der Novelle, auf den sich die neue Vorschrift bezieht, d. i. wo die Schuldner „in solidum“ hinzugefügt hatten, und in welchem er die Entstehung einer Correalschuld erblickte, bezeichnen wollte[23]), bezogen die Glossatoren die Ueberschrift auf den ganzen Inhalt und suchten sich den Widerspruch derselben mit den Worten „Si quis alterna fidejussione obligatos ...“ dadurch zu lösen, daß sie die passive Correal-Obligation mit der wechselsweisen Bürgschaft identificirten. Aber selbst jedes auf die Ueberschrift in der Vulgata zu legende Gewicht verschwindet dann, wenn dieselbe, wie es im höchsten Grade wahrscheinlich ist, gar nicht vom Verfasser der Vulgata, sondern, wie sämmtliche Titel und Rubriken der Novellen, von den Glossatoren selbst herrühren sollte[24]) — die natürlich ihre Ansicht von der Novelle in dem Titel wiedergaben —.

So spricht denn der Vulgat-Text, richtig aufgefaßt, keineswegs für, sondern wieder direkt gegen die communis opinio. Er spricht aber allerdings auch nicht direkt für die vom Verfasser dieses Aufsatzes aufgestellte Ansicht; der Verfasser der Vulgata scheint vielmehr, den rechten Zusammenhang mit der Nov. 4 und einige Feinheiten des griechischen Textes übersehend, in unserer Novelle ganz den Fall der Doppel-Verpflichtung durch Correal-Obligation und wechselsweise Verbürgung erblickt zu haben, welchen die s. g. Donell'sche Ansicht vertheidigt.

Für uns ist aber hinreichend, daß die communis opinio in dem lateinischen Vulgat-Text ihre Begründung ebenfalls nicht findet; daß daher auch das in jenem Wolfenbüttel'schen Erkenntnisse gewählte Argument nicht zutrifft. —

---

22) Angenommen, daß auch die Ueberschrift der Novelle von ihm herrühren sollte.

23) Vorausgesetzt, daß wir nicht annehmen dürfen, er habe ebenso wie Julian unter „rei promittendi“ einfache Stipulations-Schuldner ohne correale Verpflichtung verstanden.'

24) Vgl. Spangenberg a. a. O. S. 175 und die dort citirten Schriftsteller.

Wir müssen indessen nun noch untersuchen, ob dann wenigstens, wenn wir mit der gemeinen Meinung die *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους* mit Correalschuldner übersetzen dürften, alle Theile des Textes eine hinreichende Erklärung finden würden. Justinian trifft dann allerdings zwei ganz neue Bestimmungen. Er sagt:

I. „Wenn Jemand Correal-Schuldner annimmt, und es ist „dann nicht hinzugefügt, daß sie solidarisch haften sollen, so sollen „Alle zu gleichen Theilen der Klage unterworfen sein." Hierin finden wir keine so unpassende Ausdrucksweise, wie sie Andere annehmen [25]). Denn der Kaiser schreibt eben vor, daß die frühere Entstehung der Correal-Obligation zu ihrer Begründung nicht mehr hinreichen solle. Nimmt also Jemand, kann derselbe richtig sagen, Correal-Schuldner auf die alte Weise, z. B. wie im pr. J. de duob. reis (3. 16) vorgeschrieben ist, an ohne ausdrückliche Erwähnung der Worte „in solidum", so sollen sie nur pro rata haften. Weniger passend ist

II. die andere Bestimmung eingeführt: „Aber auch, wenn „etwas Derartiges hinzugefügt ist, so soll doch der Vertrag (näm- „lich die Correalität) gewahrt werden." Denn man erwartet nach den Worten „*εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προςτεθείη*" den Nachsatz: „so sollen sie ebenfalls doch nur für ihre Rate haften, jedoch mit der Bestimmung" u. s. w. Aber die gemeine Meinung kann natürlich das *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* nur von der solidarischen Haftung verstehen. Sie übersetzt also: „so soll diese „Verabredung zwar aufrecht erhalten bleiben; allein es soll nicht „jeder sogleich auf das Ganze in Anspruch genommen werden, „sondern vorläufig nur für den Theil, für welchen er haftet; es „soll aber der Gläubiger auch gegen die Uebrigen vorschreiten, „wenn sie sowohl solvent sind als gegenwärtig [26]). Stellt es sich „nun heraus, daß jenes in solidum hinzugefügt ist, so sollen die

---

25) Z. B. v. Vangerow a. a. O. S. 91; Rückert, Principia juris Rom. de exc. divis. p. 29.

26) Hier vermißt man völlig die richtige Verwendung der Partikeln des griechischen Textes, die bei unserer obigen Interpretation ein so befriedigendes Resultat ergab.

„Schuldner, wenn sie solvent sind und am Orte gegenwärtig, ein „jeder zu seinem Kopftheile das bezahlen, was sie correaliter auf„geborgt haben und wofür sie correaliter verhaftet sind." Hier müssen wir einen Halt machen. Die Worte: τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι, die wir eben Wort für Wort übersetzt haben, haben offenbar nur Sinn, wenn man das „ἀλληλεγγύως δανεισθέν" mit „das unter wechselsweiser Verbürgung Aufgenommene" übersetzt. Denn wenn man dies nicht thut, so sind die Worte „ἐξ οὗπερ" κ. τ. λ. inept, weil sie ganz genau dasselbe sagen, was in dem ἀλληλεγγύως δανεισθέν nach der communis opinio liegt. Wie sehr sie daher in dem von uns angenommenen Fall, in welchem die wechselseitigen Bürgen noch hinzugefügt haben, sie wollten in solidum (ὅλως) haften, angemessen sind, so wenig passen sie für die gemeine Meinung. — Wir überspringen nun den folgenden Satz Satz, dessen Interpretation von der unsrigen nicht abweicht, und heben nur noch den mit „Οὕτω γὰρ" beginnenden Passus hervor. Wir sahen oben (§. 6), daß die Lesart κἀκείνῳ nicht zu vertheidigen, vielmehr κἀκείνοις zu lesen ist. Der Satz will offenbar die durch die neue Vorschrift für beide Theile, Schuldner sowohl wie den Kläger, eintretenden Vortheile hervorheben. Wenn es nun heißt: „auf diese Weise wird sowohl Jenen (d. i. zum „Vortheil Jener) der Charakter ihres Vertrages (d. i. die Cor„realität) gewahrt, als auch der Gläubiger keinen Schaden erlei„den kann" — so liegt der Widerspruch offen auf der Hand. Das Aufrechterhalten der Correalität (denn eben dies müssen die Anhänger der communis opinio unter dem φυλάττεσθαι τὸν τοῦ συμφώνου τρόπον verstehen) im Gegensatz zu einem Theilungs-Verfahren kann ja nimmermehr im Interesse der **Schuldner** liegen, und es ergeben die vorhergehenden Vorschriften der Novelle auch auf das Bestimmteste, daß das geringe Maaß, in welchem von einem Aufrechterhalten der solidarischen Haftung die Rede sein kann, ausschließlich zum Vortheil **des Gläubigers** gereicht. — So ist denn auch selbst bei der Annahme, unter den ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι habe Justinian in der That **Correal-Schuldner** verstanden, die communis opinio mit dem Texte der Novelle unvereinbar.

§. 9.
Die Praxis.

Dessenungeachtet beharrt die Praxis der Gerichte noch fortwährend mit größter Zähigkeit bei der communis opinio, welche auffallender Weise noch immer von einer großen Anzahl höchst angesehener Theoretiker vertheidigt wird.

Wir haben bereits in der Einleitung erklärt, daß wir diese Einhelligkeit der Praxis für kein Unglück, es wenigstens für besser halten, als wenn dieselbe auch in dieser Controverse abweichende Entscheidungen abgäbe. Wir sehen es daher für unsere Pflicht an, die wirkliche Existenz einer solchen übereinstimmenden Praxis, so weit es die uns zu Gebote stehenden Mittel erlauben, zu constatiren. Dies um so mehr, als neuerdings zwei bedeutende Autoritäten, Burchardi[27]) und v. Savigny[28]), leider ohne Angabe ihrer Gründe, das Herrschen der Praxis in der angegebenen Weise bezweifelt haben.

Eine solche feststehende Praxis meist im weitesten Sinne der communis opinio nimmt nun eine große Anzahl älterer und neuerer Schriftsteller an, von denen wir in unserer mehrfach citirten Dissertation hervorragende Autoritäten angeführt haben[29]). Eine Anzahl Anderer, welche in der Sache selbst die Richtigkeit der gemeinen Meinung verwerfen, müssen dennoch zugeben, daß diese die Praxis beherrsche[30]). Wir selbst müssen dieser Ansicht beistimmen; es ist uns nicht ein einziges Erkenntniß oberster Gerichtshöfe bekannt geworden, welches von der communis opinio abwiche.

Für Sachsen steht die Praxis vollkommen fest. Außer

---

27) Archiv f. d. civil. Praxis. Bd. XIX. S. 50.

28) v. Savigny Obligationen-Recht. Bd. 1. S. 281. Anm. (h).

29) Dedekind, l. c. §. 86. no. 2. Es kann aus neuester Zeit noch hinzugefügt werden v. Holzschuher, Theorie und Casuistik. 2. Bd. 2. Abth. S. 94. Nr. 3.

30) Nachweisungen bei Dedekind, l. c. §. 89. no. 6. Hinzugefügt mag noch werden: Scheffer in seiner beachtenswerthen Dissertation de cautione correali (vom J. 1699, in Henr. de Cocceji Exercitat. curiosar. Vol. II. Lemgoviae. 1722. p. 269 sq.) und Lauterbach Disput. de benef. divis. 1658. thes. 20 und 22.

einem Urtheile des Leipziger Schöppenstuhls vom Monat November 1625[31]) sind in Kind's Quästionen[32]) drei Erkenntnisse aus den Jahren 1735, 1738 und 1772 zum Beweise dieser Thatsache angeführt. Aus neuester Zeit ist dem Verfasser nur ein einziges Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 7. November 1854[33]) bekannt geworden, welches indessen die Existenz einer solchen Praxis unter Berufung auf andere Entscheidungen mit Evidenz nachweist.

Auch für das Herzogthum Braunschweig kennen wir allein aus den dreißiger Jahren vier Erkenntnisse in gleichem Sinne: zwei des O.-A.-G. vom 25. April 1830[34]) und vom 5. Februar 1833[35]); zwei des ehemaligen Landes- resp. Oberlandes-Gerichts vom 8. November 1832[36]) und vom 18. Juni 1839[37]).

Aus anderen Ländern des gemeinen Rechts können wir noch anführen: ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt[38]), eins des höchsten Württembergischen Tribunals[39]); endlich eins des O.-A.-G. zu Lübeck vom 8. November 1838[40]).

Aus der ältern Praxis: ein Responsum der Tübinger Facultät aus dem Anfang des vorigen Jahrhunderts[41]); zwei Erkenntnisse des Summum Tribunal Regium Wismariense

---

31) Carpzov, Jurisprud. forens. P. II. Const. 17. Defin. 13.

32) Kindii Quaestiones forenses. Tom. IV. (Ed. II.) p. 85; cf. Gottschalk Select. Discept. forens. capita. Ed. II (1828). cap. 23 ini.

33) Tauchnitz, Zeitschr. f. Rechtspflege u. Verwaltung. N. F. 14. Bd. 2. Hft. S. 130 f. (auszugsweise auch in Seufferts Archiv Bd. 10. Hft. 1. Nr. 22).

34) Matthiae Controv.-Ler. Bd. 1. S. 86.

35) Seuffert, Archiv Bd. 9. Nr. 140.

36) Matthiae a. a. O. Bd. 1. S. 83.

37) Ebendas. S. 88.

38) S. Bopp, Mittheil. aus d. Material. der Gesetzgebung u. Rechtspflege des Großherz. Hessen. Th. II (1830) S. 176 f. No. 1.

39) Richter, Aufsätze über verschiedene Rechtsfragen ... (Tübingen, 1830) S. 6.

40) Seuffert, Archiv Bd. 8. Nr. 134 (auch bei Matthiae, a. a. O. Bd. 1. S. 85).

41) Collectionis novae Consiliorum Jurid. Tubingensium Vol. III. (Tubing. 1732) Consil. 201. nr. 12 (p. 196).

vom 9. Januar und 17. October 1655[42]); drei Responsa der Wittenberger Facultät aus dem Monat Juni 1696, Oct. 1699 und Jan. 1703[43]); ein Erkenntniß des Berliner Tribunals vom 28. April 1780[44]); ein Urtheil der Suprema Frisionum Curia aus dem Jahre 1680[45]); endlich ein Responsum des Jenaer Schöppenstuhls vom Nov. 1679[45a]). — Diese ziemliche Anzahl gleichmäßiger Entscheidungen ist kein gering zu achtendes Resultat. Wir können daher nicht umhin, bei dem völligen Mangel entgegengesetzter Erkenntnisse, die Herrschaft einer constanten Praxis für Deutschland anzunehmen.

§. 10.

Die s. g. Donell'sche und andere ältere Ansichten.

I. Es ist bereits oben hervorgehoben, daß erst nach der Herausgabe des griechischen Novellen-Textes durch Haloander (im J. 1531) an eine gründliche Kritik und Interpretation der Novelle 99 zu denken war[46]). Sehr bald nach dem Erscheinen der

---

42) Dav. Mevii Decis. Pars III. Decis. 4. 362.

43) Bergeri Oecon. juris. Lib. 3. Tit. 3. Thes. 4, Nota 6. Ejusd. Consil. jur. (Lips. 1731) Consil. 782 u. 1067.

44) Hymmen: Beiträge zu d. jurist. Literatur in d. Preuß. Staaten. VI. Sammlung. Berlin, 1780. S. 84.

45) Ulr. Huberi Praelect. Lib. 45. Tit. 2. No. 3.

45a) de Lyncker Resolut. Centur. 1. Resol. 81.

46) Unser Landsmann Haloander, dessen Uebersetzung des griechischen Textes zuerst Bahn brach, ist daher als der eigentliche Vater dieser richtigern Ansicht anzusehen. Das große Verdienst desselben gerade in Bezug auf die Nov. 99 wurde sehr bald auch im Auslande anerkannt. So sagt Aemylius Ferrettus, welcher zu Avignon lehrte, in seinen dicht vor 1550 gehaltenen Vorlesungen ad tit. D. de legatis I. s. l. 8. §. 1 (Opp. Pars II. p. 355. n. 17 sq.): „fortasse Bartolus putavit antiquatum esse jus vetus, ex constit. Nov. de duob. reis. Sed animadvertite, eam const. non loqui de duobus reis debendi simpliciter, sed de iis, qui accepti sunt fidejussores mutui, ut tunc conveniantur non tamquam rei, sed tamquam fidejussores. Ejus constitutionis veritatem debemus linguae Graecae et Germanis, qui eam nobis restituerunt.... Daß aber unter den „Germanis" eben Haloander gemeint war, geht aus der Epitome dieser Vorlesung hervor, wo es (l. c. p. 353) heißt: „Animadversio ad Nov. 99 de duob. reis: ejus intelligentiam debemus Haloandro."

Haloandrischen Novellen-Ausgabe erfolgten denn auch Angriffe auf die bisherige communis opinio, deren Erfolg der war, daß von nun an die Rechtslehrer bis auf die neueste Zeit in Bezug auf unsere Frage sich in zwei große Lager geschieden haben. Namentlich waren es Johannes Ronchegallus und Hugo Donellus, dieser zu Bourges und später an Deutschen Universitäten lehrend, jener ein Venediger, welche ziemlich kurz nach einander, aber wie es scheint, völlig unabhängig von einander, in längeren Ausführungen die Unhaltbarkeit der bisher herrschenden Ansicht darzuthun suchten. Geringere Unterschiede abgerechnet, stimmen sie doch im Wesentlichen überein. Da neuerdings Zweifel über den wahren Sinn ihrer Interpretation entstanden waren, so hielten wir es nicht für überflüssig, in der mehr citirten Abhandlung über die exceptio divisionis getreue Auszüge aus ihnen abdrucken zu lassen[47]). Mehrere dort gerügte Irrthümer (von denen ein wesentlicher des Donell im §. 12 noch erwähnt werden wird) sind bereits längst, meist stillschweigend, von ihren späteren Anhängern verbessert. Unter ihnen sind namentlich Leisner, Gustav Asverus, v. Savigny und Grotefend zu nennen[48]).

Die von ihnen vorgetragene Lehre ist nun unzweifelhaft als ein großer Fortschritt anzusehen, da sie von der richtigen Bedeutung des *ἀλληλεγγύως* ausgeht und sich sehr passend an die Novelle 4 anschließt. Wir haben indessen oben schon beiläufig einige

47) Dedekind, l. c. §. 89. p. 175 sq. Die Abhandlung des Donell findet sich in dessen Commentarii absolutissimi ad II. III. IV et VIII Libros Cod. Justin. (Francof. 1599) und zwar ad tit. 40. lib. 8. Cod. cap. 13; die des Ronchegallus in seinem bereits 1558 zu Venedig erschienenen und nachher öfters wieder aufgelegten Tractatus de duobus reis constituendis, ad leg. 3. §. Ubi duo. n. 101 sqq. — Merkwürdig ist, aber wahrscheinlich nur einem Versehen des Herausgebers (Scipio Gentilis) zuzuschreiben, daß in dem spätern Hauptwerke des Donell (Commentarii juris civilis) im Lib. 15. cap. 5 ungeachtet der speciellen Verweisung auf die oben citirten Commentarii absol. in Cod. (mit zwei Worten) nur der opinio communis erwähnt wird.

48) Leisner (Praes. Zollero): de benef. divis. correis non tributo. Lips. 1772; Gust. Asverus, Spec. inaug. ad Nov. 99. Jenae 1823; v. Savigny, Oblig.-Recht. Bd. 1. S. 279 ff.; Grotefend, de except. divisionis (Preisschrift). Gotting. 1852. p. 53 sq.

Mängel derselben angegeben, die hier in der Kürze noch einmal zusammenzustellen sind.

Den ersten in der Novelle entschiedenen Fall interpretiren sie, wie wir selbst, fassen daher das *πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι* mit uns (freilich wegen ihrer Erklärung des folgenden Theils mit weniger Recht) beschränkter auf, als die Worte sagen. Dagegen weichen sie im zweiten Falle dadurch von unserer Ansicht ab, daß sie in ihm die Combination zweier besonderer Nebenverträge, der wechselsweisen Verbürgung und der wirklichen Correal-Obligation finden, beziehen dann das *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* nicht auf die wechselseitige Bürgschaft, sondern auf die Correal-Obligation, und lassen die ungeachtet der Doppel-Verpflichtung gegebene, das benef. divisionis (resp. excussionis) enthaltende neue Vorschrift schon mit „*οὐκ εὐθὺς μέντοι*“ beginnen. Es gibt hiernach die Nov. 99 denjenigen, welche sich nicht bloß als wechselseitige Bürgen, sondern obenein noch als Correal-Schuldner verpflichten, ein beneficium divisionis, welches einfachen Correal-Schuldnern verweigert wird. Dieses Resultat ist also, ganz davon abgesehen, daß die gemeinte Doppel-Verpflichtung, wie wir sahen, keinen rechten Sinn hat, ein unmotivirtes, ja ein unmögliches. Daß es sich auf das Leichteste und auf eine Weise, welche dem Urtexte weit weniger Zwang anthut, als diese Interpretation, vermeiden läßt, ist von uns oben (§. 5 und 6) nachgewiesen. Es kommt aber noch hinzu, daß bei der Beziehung auf die Correal-Obligation, welche die Donellianer den Worten „*φυλάττεσθαι μέν τὸ σύμφωνον*“ geben, die weiter unten folgenden Worte „*οὕτω γὰρ κἀκείνοις*“ *κ. τ. λ.*, und zwar aus denselben Gründen, welche wir bei Besprechung der communis opinio darlegten (§. 8 a. E.), keinen Sinn geben. Daß schließlich die Berufung auf den Julian eine völlig unpassende ist, haben wir oben (§. 7 Note 31) speciell nachgewiesen[49]. Wir tragen daher kein Bedenken, auch diese Interpretation zu den Todten zu verweisen.

---

49) Dieser unsrer Meinung über den Werth der Donell'schen Ansicht stimmen im Wesentlichen bei: v. Vangerow, a. a. O. S. 91 ff.; Brinz, Krit. Blätter. Nr. 4. S. 35 ff.; Rückert, l. c. p. 32 sq.; v. Helmolt, Correal-Oblig. S. 121.

II. Eine andere Meinung, der wir den Namen Pseudo-Ronchegallica gegeben haben, weil sie früher dem unter I erwähnten Joh. Ronchegallus zugeschrieben wurde, soll angeblich die Novelle auf simple Mitbürgen beziehen. Es ist uns nicht gelungen, irgend einen Rechtslehrer aufzufinden, der im Ernst diese Ansicht vertheidigt hätte. Denn daß Ronchegallus mit keinem Gedanken an einfache Mitbürgen denkt (obwohl flüchtige Leser seiner weitschweifigen Abhandlung durch einzelne Ausdrücke getäuscht werden können), glauben wir mit Evidenz nachgewiesen zu haben[50]. Desto eifriger und glücklicher ist diese Interpretation bekämpft worden. Da kein Wort unsres Textes für dieselbe spricht, so halten wir eine ausführliche Widerlegung nicht für nöthig[51].

III. Interessanter ist die Ansicht des Franziscus Balduinus (1520 bis 1573). Derselbe verwirft sowohl die communis opinio[52], als die durch Haloander's Ausgabe des griechischen Textes und neue Uebersetzung desselben veranlaßte s. g. Donell'sche Ansicht und schließt endlich: „Quid ergo? Existi-„marem potius, ἀλληλεγγυούς esse et appellari, qui duobus „modis fidejussores sunt: hoc est, ubi duo fidejusserant pro „uno aliquo reo debendi et rursus invicem alter pro altero „fidejubet. Nam et fidejussorum fidejussores accipi possunt, ut „ait Ulpianus l. 8. §. 5 ult. de fidejussor.“[53]. Die Novelle soll also den Fall vor Augen haben, wo mehrere Mitbürgen eines Hauptschuldnes sich wieder unter einander wechselsweise verbürgt haben. Wir müssen gestehen, daß wir uns den Zweck einer solchen Verpflichtungsweise nicht recht klar machen können. Ebenso wenig läßt sich einsehen, daß das betreffende griechische Wort diese Bedeutung habe, oder wie Balduin den weitern Verlauf der Justinianeischen Vorschrift damit vereinigen konnte. Leider läßt er sich nämlich auf eine Erörterung nicht ein und scheint auch in

50) Dedekind, l. c. §. 87 u. 89 sub 2.

51) Vgl. v. Vangerow, a. a. O. S. 93.

52) Diese sogar mit großer Verachtung, wie sie dazumal bei den Führern der neuen Richtung gegen die Glossatoren und Pragmatiker Mode war.

53) Diese Stelle steht in den an den Justinianus angehängten Commentariis in Nov. 1. 4. 18 et 118 (Jurisprud. Rom. et Attica, edid. Heineccius. Vol. I p. 1211).

einer höchst wahrscheinlich spätern Schrift[54]) seine Meinung gegen die des Donell fallen gelassen zu haben. Anhänger hat diese Auffassung, so viel uns bekannt, nicht gefunden.

§. 11.

Selbstständige neuere Meinungen.

I. Zu einem höchst abweichenden Resultate gelangt Burchardi[55]). Nach ihm soll der Inhalt der Nov. 99 folgender sein: „Haben „Mehrere eine gemeinschaftliche Schuld contrahirt, so haften sie „zwar, wenn nichts Näheres verabredet ist, jeder nur für einen „verhältnißmäßigen Theil. Haben sie dagegen ausdrücklich ver„sprochen, jeder für das Ganze (in solidum) haften zu wollen, „dann ist jeder freilich, dem Vertrage gemäß, auch für die Theile „der andern verantwortlich, jedoch nur in subsidium, weshalb er, „so lange die anderen zahlungsfähig und anwesend sind, verlangen „kann, daß der Gläubiger sich an diese selbst halte." Also: jede Erklärung, in solidum haften zu wollen, soll nicht etwa eine Correal-Obligation begründen, sondern als wechselsweise Verbürgung aufgefaßt werden; dies natürlich mit Gewährung des durch Nov. 4 verliehenen beneficii excussionis (hier divisionis).

Wir müssen gleich hier bemerken, daß dem Resultate nach Burchardi's Lehre so ziemlich auf die gemeine Meinung hinausläuft. Er will freilich, daß das alte Recht der eigentlichen Correal-Obligation durch die Nov. 99 gar nicht berührt werde; denn die Erklärung, in solidum haften zu wollen, oder eine ähnliche, begründe eine solche an und für sich noch nicht. Allein heutzutage möchte wohl eine andere Entstehungsart der vertragsmäßigen Correal-Obligation, als gerade durch solche Ausdrücke wie in solidum, selten genug vorkommen, da die bei den Römern gebräuchlichste durch Stipulation bei uns nicht anwendbar ist. Wenn daher alle Mitschuldner, welche solidarisch haften zu

---

54) Breves Commentarii in praecipuas Justiniani Imp. Novellas; ad Nov. 4 (ibid. p. 1330).

55) Archiv f. d. civilist. Praxis. Bd. 19 (1836). S. 49 ff.; vgl. Lehrb. des Röm. Rechts. Bd. 2 (1847). S. 711. 714. 832.

wollen ausdrücklich erklären, keine correi sein sollen, sondern mit dem beneficium excussionis geschützte wechselseitige Bürgen, so heißt das für unser jetziges Recht soviel als: alle vertragsmäßigen correi haben das beneficium divisionis (oder excussionis, da beide hier denselben Erfolg haben).

Zu diesem merkwürdigen Resultate kommt Burchardi nun auf folgendem von der gewöhnlichen Interpretation völlig verschiedenem Wege. Vor der Nov. 4 habe das Versprechen von Mitschuldnern, sammt und sonders für das Ganze, in solidum, *εἰς ὁλόκληρον*, haften zu wollen, unter allen Umständen die Correalität der Obligation zur Folge gehabt. Denn wenn man auch in einer solchen Verpflichtungsweise eine wechselsweise Verbürgung der Einzelnen für die Theile der Mitschuldner hätte sehen wollen, so hätten doch auch dann bei dem alten unbeschränkten Wahlrecht des Gläubigers die Einzelnen correaliter gehaftet. Nach Publikation der Nov. 4 dagegen sei die Frage, was jenes Versprechen der Schuldner eigentlich bedeuten solle, von höchster Relevanz geworden. Denn habe man unter der Erklärung, in solidum haften zu wollen, die Absicht der Schuldner, nicht correi zu werden, sondern nur, sich für einander zu verbürgen, erblickt, so sei das beneficium excussionis mit dem regelmäßigen Erfolge der Theilung eingetreten. Diese Zweifel entscheide denn nun Justinian im obigen Sinne.

Es beruht diese Motivirung der Burchardischen Lehre aber auf einem augenfälligen Irrthume. Denn wenn man ihm auch zugeben wollte, daß das Gebrauchen des Wortes „in solidum" nicht nothwendig auf Correalität hindeute, so scheint es uns doch unzweifelhaft zu sein, daß, wenn mehrere Mitschuldner ohne sonstige Zusätze (z. B. ohne Gebrauch der Fidejussions-Stipulation) ausdrücklich erklären, für ihre Schuld in solidum haften zu wollen, darin präsumtiv eine rein correale Verpflichtung zu finden ist[56]). Jedenfalls aber konnte man gewiß nicht auf wechselsweise Verbürgung schließen; es müßte denn nachgewiesen werden, daß beide Nebenverträge von den Römern zusammenge-

56) Cf. l. 9. pr. l. 11. §. 2. D. de duob. reis (45. 2); l. 47. D. locati (19. 2) etc.

worfen wären. Es ist aber ferner unrichtig, daß die angeblichen Zweifel über die Erklärung, in solidum haften zu wollen, erst nach Erlaß der Nov. 4 relevant geworden seien. Denn nur was das solidarische Klagrecht des Gläubigers betrifft, war es gleichviel, ob man eine wechselsweise Verbürgung oder eine Correal-Obligation annahm; in anderen Punkten waren sie schon damals im höchsten Grade verschieden. So standen bei der wechselsweisen Verbürgung auch vor der Nov. 4 beispielsweise dem einen auf das Ganze Belangten alle Einreden aus der Person seines Mitschuldners, für dessen Rate er Bürge war, bis zu diesem Belaufe der Solidar-Klage des Gläubigers entgegen; nicht aber, wenn man in der Verpflichtung in solidum eine reine Correal-Obligation fand. Es wäre daher eine gesetzliche Interpretation jener Ausdrucksweise lange vor Erlaß der Novelle nöthig gewesen; da man eine solche nicht für nöthig gefunden hat, so mögen jene Zweifel über die Bedeutung derselben nicht besonders weit her gewesen sein. — Wenn schon die Motivirung der angeblichen Entscheidung der Nov. 99 auf schwachen Füßen steht, so muß der Versuch, den Text der Novelle mit der Burchardi'schen Auffassung zu vereinigen, als völlig gescheitert angesehen werden. Burchardi übersetzt nämlich den Anfang des Cap. 1 folgendermaßen:

„Wenn nämlich Jemand Mehrere unter gegenseitiger Ver-„bürgung zu Schuldnern erhält [soferne zwar nicht hinzugefügt „wird, daß auch der Einzelne von ihnen für das Ganze haften „solle, dann sollen alle zu gleichen Theilen der Klage unterworfen „sein]; wenn aber auch etwas dergleichen hinzugefügt worden ist, „so soll zwar die Uebereinkunft beobachtet werden, jedoch soll nicht „gleich von Anfang an jeder wegen des Ganzen in Anspruch ge-„nommen werden können, sondern vorläufig nur wegen des Theils, „für welchen jeder haftet; vielmehr muß sich jener (der Creditor) „auch an die übrigen wenden, wenn anders diese sowohl bemittelt „als auch anwesend sind."

Da Burchardi eine Erklärung davon, wie seine Interpretation aus dieser Uebersetzung folge, im Speciellen nicht gibt, so müssen wir eine solche selbst versuchen. Uebersetzte er nun den Anfang mit: „Wenn nämlich Jemand Mehrere **für eine ge-**

meinsame Schuld zu Schuldnern erhält...", so würde ein angemessener Zusammenhang zwischen der Uebersetzung und dem angeblichen Inhalt der Vorschrift stattfinden. Aber Burchardi ist gerade einer der bedeutendsten Vorkämpfer für die Auffassung der *ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι* als solcher, welche sich wechselsweise für einander verbürgt haben. Er nimmt daher, wie es scheint, zu folgendem Auskunftsmittel seine Zuflucht. Der in Klammern eingeschlossene Satz soll mit der in Frage kommenden zu Anfang erwähnten wechselsweisen Verbürgung nichts zu schaffen haben; er spricht vielmehr nur den bekannten allgemeineren Satz aus, daß Mehrere, welche eine gemeinschaftliche Schuld contrahirt haben, dann, wenn nichts Näheres verabredet ist, jeder nur für den verhältnißmäßigen Theil haften. Der Satz aber: „wenn aber auch etwas dergleichen" u. s. w. soll, wenn wir den Verfasser recht verstehen, die ersten auf die mutua fidejussio bezüglichen Worte erläutern. Es lehrt nun ein Blick auf den Original-Text, daß eine solche Construction ganz unmöglich ist. Mit Recht ist schon mehrfach hervorgehoben[57]), daß die mit *εἰ μὲν μὴ* und *εἰ δὲ καί τι* eingeleiteten Sätze coordinirte Satzglieder sind, welche die beiden Fälle der wechselseitigen Verbürgung, also des ersten Passus: „*εἰ γάρ τις ἀλληλ. ὑπευθ. λάβοι τινάς*", enthalten, und daß die Worte „*πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι*" ebensowohl wie die „*φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον*" von einem und demselben unterdrückten „*ἡμῖν δοκεῖ*" oder „*θελπίζομεν*" abhängen. Hiernach ist eine weitere Widerlegung der Burchardi'schen Uebersetzung, die sich auch in manchen einzelnen Punkten als unzulässig herausstellt[58]), nicht erforderlich. Es ist da-

---

57) Heimbach, in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß. Bd. 16. S. 70; v. Vangerow, a. a. O. S. 94.

58) Beispielsweise: Die Worte „*τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ ὅλως ἔνοχοι γεγόνασι*" übersetzt er: „was ihnen auf gegenseitige Verbürgung geliehen ist, für welchen Theil sie auf jeden Fall verantwortlich geworden sind"; während sie doch offenbar den in der Novelle entschiedenen Fall: Schuldner unter wechselseitiger Verbürgung mit Hinzufügung von in solidum oder eines gleichbedeutenden Ausdrucks (*ὅλως*) — noch einmal hervorheben. Endlich sieht er sich sogar genöthigt, die falsche Lesart: *οὕτω γάρ κἀκείνῳ* der richtigen: *οὕτω γὰρ κἀκείνοις* vorzuziehen.

her auch nur ein einziger Schriftsteller dieser Interpretation beigetreten [59]).

II. Die Auffassung von Heimbach [60]) nähert sich von allen am Meisten der unsrigen. Von geringeren Mängeln derselben abgesehen, die wir durch eine genauere Construction der Hauptstelle vermieden haben, gibt er dem Gesetze dadurch eine zu beschränkte Bedeutung, daß er es nur auf den Fall bezieht, wo Mehrere ein einfaches Darlehen aufgenommen haben, für dessen Rückzahlung sich jeder Einzelne für den Andern verbürgt hat; wogegen er richtig in der Hinzufügung des „in solidum" nicht etwa den Entstehungsgrund einer wirklichen Correal-Obligation, sondern nur eine Neben-Verabredung wieder bei der wechselsweisen Verbürgung zu finden scheint.

Daß nun Justinian nur den Fall vor Augen gehabt habe, wo die mehreren Schuldner gerade ein Darlehen aufgenommen haben, dem widerspricht die allgemeine Fassung der Anfangsworte, wo von ἀλληλεγγύως ὑπεύθυνοι die Rede ist. Allerdings wird nachher der Ausdruck τὸ ἀλληλεγγύως δανεισθέν gebraucht, aber nur beiläufig und unzweifelhaft nicht in der Absicht, eine frühere Disposition zu beschränken. Die von Heimbach zum Beweise seiner Ansicht citirten Novellen-Epitomatoren (vgl. §. 7) gebrauchen allerdings nur den ursprünglich auf das Darlehen zu beziehenden Ausdruck: ἀλληλ. δανεισάμενος und ἀλληλ. δανειζόμενοι. Aber wie die Aufnahme eines gemeinsamen Darlehns ein sehr häufiger Fall ist, der als Prototyp gebraucht zu werden pflegt, so wird auch das δανείζειν, analog dem credere und creditor der Römer, theils gewiß in seiner engern Bedeutung von „ausleihen", theils aber auch in einer weitern angewandt worden sein. Im äußersten Fall geht die Autorität der alten Novellen-Epitomatoren nicht so weit, die ganz offenbar allgemeinere Disposition des Originals, namentlich der Anfangsworte umzustoßen [61]). Endlich würde es schwer sein, einen Grund

59) Koch: Das Recht der Forderungen. Bd. 2 (1840) §. 66. S. 28 ff.

60) Weiske's Rechtslexikon Bd. 1 (1839) S. 896 ff. S. 905; Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß. Bd. 16 (1843) S. 65 ff.

61) Vgl. v. Vangerow, a. a. O. S. 87; v. Savigny, Oblig.-Recht. Bd. 1. S. 282 Anm. (k); Rueckert, l. c. p. 42.

dafür anzugeben, weshalb die wechselsweise Verbürgung derjenigen, welche zusammen ein Darlehen aufnehmen, hätte anders behandelt werden sollen, als eine gleiche Verpflichtung bei Eingehung irgend eines andern Schuld-Verhältnisses.

III. Vangerow[62]) geht von der richtigen Bedeutung des ἀλληλεγγύως aus und findet in der Novelle folgende zwei Fälle entschieden:

1) wenn die wechselseitige Verbürgung ohne Neben-Verabredung stattgehabt, namentlich ohne das Versprechen, daß jeder Einzelne in solidum haften solle, so werde einfach das Recht der Nov. 4 angewandt — also übereinstimmend mit unserer Ansicht. Es könne aber

2) die wechselseitige Intercession (beispielsweise bei einem gemeinschaftlich aufgenommenen Darlehen) auch in der Weise geschehen, daß ein Jeder der Schuldner für das Ganze einstehen zu wollen verspricht, daß sie also eine passive Correal-Obligation abschließen; und gerade nur für diesen Fall seien die neuen Bestimmungen der Nov. 99 erlassen.

Danach wäre also diese Abschließung der reinen Correal-Obligation einer der Unterfälle der wechselsweisen Verbürgung. Vangerow verfällt hier, um den mit Recht gerügten Irrthum der Donell'schen Lehre zu vermeiden, in einen andern Fehler, der bei Betrachtung des Original-Textes sofort klar wird. Der Kaiser unterscheidet nämlich ausdrücklich zwei Fälle der wechselsweisen Verbürgung: 1) ohne Hinzufügung von in solidum oder dergl.; 2) mit dieser Hinzufügung. Also werden in beiden Fällen die formellen Erfordernisse der wechselsweisen Verbürgung als vorhanden vorausgesetzt, und es handelt sich nur darum, ob in solidum noch hinzugefügt worden oder nicht. Es sind daher die Donellianer eher im Rechte, als Vangerow, welche beide in der Hinzufügung, εἰς ὁλόκληρον haften zu wollen, die Entstehung einer besondern Correal-Obligation erblicken. Will der Letztere diese Ansicht nicht aufgeben, so muß er sich bei richtiger Auffassung des εἰ δὲ καί τι τοιοῦτο προστεθείη noth-

62) a. a. O. Ihm schließt sich im Ganzen v. Holzschuher an (Theorie und Casuistik. Bd. 2. Abth. 2. S. 96).

wendig zu der Lehre des Donell bekennen, welcher eben eine neben einander stehende doppelte Verpflichtung als wechselseitige Bürgen und als Correal-Schuldner annimmt[63]).

Es wird außerdem (wohl nicht zuerst) von ihm noch ein Etwas in die Novelle hinein gelegt, welches, in dem von Vangerow gewollten Sinne, ein Unbefangener nicht in ihr finden wird. Seine oben erwähnte Interpretation würde nämlich direct dahin führen, daß alle diejenigen, welche eine Schuld in solidum übernommen haben, also nach seiner Auffassung alle Correalschuldner, ein beneficium divisionis haben würden. Da das nicht angeht — er selbst hat diese Ansicht siegreich widerlegt —, so beschränkt er den Fall, für welchen die neue, das beneficium ertheilende Vorschrift gelten solle, dadurch, daß er als die zweite der wesentlichen Voraussetzungen desselben (neben der wechselsweisen Verbürgung) noch verlangt: Jeder von den Schuldnern, welche den gemeinsamen Schuldvertrag abgeschlossen, müßte einen verhältnißmäßigen Vortheil daraus gezogen haben. Wenn solche Personen dann in solidum haften zu wollen erklärten, so müsse dies dem materiellen Gehalte nach als eine Art Intercession aufgefaßt werden.

Dieses neue Moment findet Vangerow angedeutet zuerst in dem *ἀλληλεγγύως δανεισθέν* des griechischen Textes. Dies heißt aber doch nur „das unter wechselsweiser Verbürgung Aufgeliehene" und läßt uns darüber, ob die Mitschuldner das Erborgte wirklich gleichmäßig unter einander getheilt haben, völlig im Dunkeln. Weit wichtiger ist der Passus des griechischen Textes: „*καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος ἴδιόν τινος γινέσθω βάρος*", der aber nur als ein höchst beiläufiges Motiv vom Kaiser angeführt wird. Gewiß werden in der Regel diejenigen, welche gemeinschaftlich ein Darlehen aufnehmen oder etwas kaufen, in verhältnißmäßiger Weise des aus dem gemeinsamen Geschäfte entspringenden Vortheils genießen. Daher auch die allgemeine Regel des Römischen Rechts, welche solche Schulden als ipso jure gleich-

63) Er wird dazu auch schon dadurch gezwungen, daß er als eine der beiden wesentlichen Voraussetzungen (S. 87) die formelle Existenz der wechselsweisen Verbürgung bezeichnet.

mäßig getheilte ansieht. Aber eben die Correal-Verpflichtung hat, indem sie diese Folge aufhebt, die Absicht, dem Gläubiger die Rücksichtnahme auf das zwischen seinen Schuldnern bestehende Rechtsverhältniß zu ersparen; er darf es in Folge der ihm gewährten Solidar-Klage so ansehen, als ob nur ein Contrahent ihm gegenüber stände. Es wird damit die Untersuchung, ob die Regel (gleichmäßiger Antheil) wirklich unter den Schuldnern stattgehabt, oder ob ein anderes Verhältniß (z. B. ungleicher Antheil oder Intercession des Einen für den Andern) zu Grunde liegt [64]), von vornherein ausgeschlossen [65]). Etwas anders steht die Sache bei der wechselsweisen Verbürgung. In dem Sinne dieser Nebenverabredung liegt es, daß die Haftung eine ursprünglich gleichmäßig getheilte ist. Wenn nun auch die Verbürgung für die Raten der Mitschuldner die ursprüngliche Folge der gemeinschaftlichen Uebernahme einer Schuld (d. i. deren absolut gleichmäßige Vertheilung) wesentlich modificirt, so sieht doch schon aus dem Gebrauche gerade dieser den Gläubiger sichernden Nebenverabredung auf's Deutlichste das ursprüngliche Verhältniß der Schuldner unter einander hervor, und dies kann auch durch die fernere Verabredung, die wechselseitige Verbürgung solle sich auf die ganze Schuld erstrecken (in solidum — Hauptfall der Novelle) nicht verdeckt werden. Also, weil die wechselsweise Verbürgung, wie oben nachgewiesen ist, dazu dient, dem Gläubiger einer von Anfang an gleichmäßig getheilten Schuld Sicherheit zu gewähren — was bei der eigentlichen Correal-Obligation nicht ausschließlich der Fall zu sein braucht — deshalb konnte Justinian mit vollem Rechte zur Motivirung seiner,

64) Denn daß die Correal-Obligation auch in anderen Fällen angewandt wurde, als wo alle Mitschuldner gleichmäßig Theil an den Vortheilen genommen, sagt z. B. ausdrücklich l. 4. Cod. de duob. reis (8. 40): Propter mutuam uni datam pecuniam aliis reis promittendi factis ob non numeratam sibi pecuniam obligationem remitti, desiderio postulantium jura refragantur.

65) Das römische Recht kennt hier nur eine Ausnahme: den Fall, wo ein Frauenzimmer sich als Correal-Schuldnerin verpflichtet hatte. Hier kam es bei der Frage, ob eine ungiltige Intercession stattgehabt, gerade darauf an, in wieweit sie Vortheil aus dem gemeinschaftlichen Geschäfte gezogen hatte. Vgl. l. 17. §. 2. D. ad S. C. Vellejan. (16. 1); Ant. Fabri Conject. Lib. 11. cap. 1.

wechselsweise Bürgen betreffenden, Verfügung anführen: daß es nicht billig erscheine, wenn eine gemeinschaftliche Verpflichtung Einem allein zur Last falle.

Wir hielten diese Erörterung für angebracht, weil sich aus ihr die Angemessenheit jenes Satzes: *καὶ μὴ τὸ κοινὸν χρέος κ. τ. λ.* dann ergibt, wenn wir unsere Interpretation der Novelle zum Grunde legen. Vangerow sieht nun aber in demselben keineswegs eine bloß motivirende Bemerkung, sondern eine dispositive, die Ausdehnung des neugewährten beneficii beschränkende Bestimmung, wenn er das letztere nur für den Fall gelten lassen will, wo Correal-Schuldner gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld, die sie correaliter übernommen haben, participirt hatten. Abgesehen davon, daß das *κοινὸν χρέος* nur „gemeinsame Schuld" bedeutet, keineswegs aber mit Nothwendigkeit besagt, daß die Vortheile aus derselben gleichmäßig allen Mitschuldnern zu Gute gekommen sind, kann in dem fraglichen Satze nach seiner ganzen Stellung und Fassung gar keine dispositive Bestimmung liegen. Vielmehr hat derselbe gewiß den Sinn: weil die Personen, auf welche sich die Novelle bezieht, als solche anzusehen sind, welche ein *κοινὸν χρέος* übernommen haben, so ist es unbillig, daß Einer allein die Last trage; nicht aber die Bedeutung: nur in dem Falle, wo die Personen, auf welche sich die Novelle bezieht, ein *κοινον χρέος* nachweisbar übernommen haben, soll die neue Vorschrift gelten.

Wir können daher aus inneren und äußeren Gründen dem von Vangerow gefundenen Resultate nicht beistimmen, einem Resultate, welches er aufs Unzweideutigste folgendermaßen zusammenfaßt: „In einem Falle, wenn nämlich die mehreren Cor„realschuldner gleichmäßig an den Vortheilen der Schuld, in Be„treff deren sie sich correaliter verpflichteten, Theil genommen „haben, ist das strenge Recht der Correal-Obligation durch No„velle 99 gemildert worden"...

Wir halten es daher auch für unnöthig, noch einzelne Widersprüche desselben mit dem griechischen Texte besonders auszuführen. Nur dies: die Worte „*τὸ ἀλληλ. δανεισθὲν, ἐξ οὗπερ*" *κ. τ. λ.* sind unerklärlich, wenn man, wie er, die neue Vorschrift auf das einfache Verhältniß von Correal-Schuldnern bezieht; und da er

das *φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον* auf die Aufrechterhaltung der Correalität zielen läßt, so läßt sich auch der spätere Passus *οὕτω γὰρ κἀκείνοις* in keiner Weise erklären. —

Anhangsweise ist hier Girtanner[66]) zu erwähnen, der sich Mühe gegeben hat, die Vangerow'sche Ansicht auf einem ziemlich künstlichen Wege zu rechtfertigen. Nachdem er seine Interpretation der Novelle folgendermaßen fixirt hat: „Unsere obigen „Anforderungen (oben §. 7 i. A.) entspricht diejenige Auffassung „am Meisten, welche die Nov. 99 versteht von einem gemeinsamen „Schuldvertrage, aus welchem für jeden der mehreren Schuldner „ein verhältnißmäßiger Vortheil entspringt. Wenn sich in einem „solchen Falle Jeder für das Ganze verpflichtet hat, so liegt hin„sichtlich der Quoten seiner Mitschuldner eine Intercession vor. „Es wäre also denkbar, daß man die Frage aufgeworfen hätte, „ob nicht auch auf eine solche Intercession die Bestimmung der „Nov. 4 Anwendung finden dürfe, und daß Justinian in diesem „Sinne entschieden hätte" — und hinzugefügt hat, es scheine dies die schlagendste Bestätigung darin zu finden, daß Justinian von einem *ἀλληλεγγύως δανεισθέν* und einem *κοινὸν χρέος* spreche, folgen die Bedenken. Sie sind: es sei auffallend, daß Justinian die neue Vorschrift nur auf den Fall des gemeinschaftlichen und gleichmäßigen Vortheils beschränkt habe, und daß im Ganzen ein rechter Zusammenhang mit der Nov. 4 nicht ersichtlich sei.

Wären dies die einzigen Bedenken, welche der Vangerowschen Auffassung entgegen stehen, so würden wir der von Girtanner versuchten Widerlegung derselben eine besondere Aufmerksamkeit zuzuwenden haben. Wir dürfen aber dieselbe, welche beiläufig bemerkt, in einer sehr künstlichen Unterstellung beruht[67]), dreist übergehen, weil die viel wichtigeren Einwürfe, die wir im Vorstehenden erhoben, von ihm in keiner Weise berührt sind.

IV. Unter den neueren Schriftstellern, welche bei Anerkennung der Richtigkeit der wortgemäßen Bedeutung von *ἀλληλεγγύως* dennoch

66) Die Bürgschaft nach gemeinem Civilrechte. S. 125 ff. 548.

67) Vgl. gegen dieselbe Rückert in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß. N. F. Bd. 12. S. 55 ff.

auf einem Umwege dazu gelangen, die Nov. 99 der communis opinio gemäß auf correi, resp. auf alle Solidar=Schuldner zu beziehen, ist Sintenis[68]) hervorzuheben. Er findet in dem ersten Falle des dispositiven Theils derselben mit uns und Anderen den Fall der einfachen gegenseitigen Verbürgung und erklärt richtig die Entscheidung: πάντας ἐξ ἴσου τὴν ἀγωγὴν ὑφίστασθαι — beschränkt, also den Vorschriften der Nov. 4 gemäß. In dem zweiten Falle erblickt er dagegen, ganz wie die große Mehrzahl aller Schriftsteller, die Entstehung einer Correal=Obligation. Aber mit Recht einsehend, daß das Nebeneinander von wechselsweiser Verbürgung und eigentlicher Correalschuld eine unpraktische und nutzlose Häufung sein würde, sucht er sich dadurch zu helfen, daß er annimmt, letztere Hinzufügung als die stärkere mache den erstern Nebenvertrag verschwinden, lasse ihn als gar nicht vorhanden erscheinen. „Für diesen zweiten Fall", sagt er, „muß ich mich dahin erklären, daß, sobald eine passive Correal= „oder Solidar=Obl. wirklich errichtet ist, eine wechselseitige Ver= „bürgung daneben wenigstens der Wirksamkeit jener in keinem „Falle Abbruch thun kann, auch wenn letztere als Zweck der erstern „ausgesprochen worden wäre. Ich sehe ferner keinen Grund, in= „wiefern die erstere durch einen solchen Zweck modificirt werden „könne; dieser ist vielmehr ganz gleichgültig, die Verbürgung tritt „ganz in den Hintergrund, und das Rechtsverhältniß der solida= „rischen Obligation ist so selbstständig, wie ohne eine solche. Mag „immerhin die Novelle auf die letztere nur bei dieser Gelegenheit „zu sprechen kommen und die neue Maaßregel anordnen, so ist „dies doch für eine solidarische Obligation geschehen, und „wenn es nun einmal für sie als solche in Einem Falle gilt, „warum nicht auch in anderen, die von wesentlich identischer Na= „tur sind?" — Es erklärt sich hieraus auch, daß er die neue Vorschrift (ein beneficium divisionis) nicht auf Correal=Schuldner beschränkt, sondern auf alle Solidar=Schuldner (mit der gewöhnlichen Ausnahme) bezieht.

Nach dem, was wir über den innern Unwerth der communis

68) Das practische gemeine Civilrecht. Bd. 2. (1847.) §. 89. No. 35. S. 131 ff.

opinio gesagt haben, bedarf diese Ansicht einer speciellen Widerlegung nicht. Wir bemerken nur, daß die kühne Unterstellung, mit welcher die wechselsweise Verbürgung, die einen Hauptbestandtheil auch des im zweiten Falle der Novelle gemeinten obligatorischen Verhältnisses bildet, aus demselben hinweg escamotirt wird, durchaus unnöthig wird, wenn man unsere Interpretation annimmt, nach welcher ja in der Hinzufügung des „in solidum“ noch gar nicht die Entstehung eines Correal-Verhältnisses zu finden ist.

V. Auf ähnlichem Wege gelangt auch Rückert[69]) zu einem mit der communis opinio im Ganzen übereinstimmenden Resultate. Er gesteht zu, daß die ἀλληλεγγύως ὑπευθύνους solche sind, „qui omnes principaliter se una obligaverint et invicem inter „se principaliter fidejusserint.“ Auf diese beziehe sich der erste Fall, welcher von Justinian auf Grund der Nov. 4 entschieden werde. Den zweiten Hauptfall der Nov. 99 construirt er sich dagegen folgendermaßen: Der entscheidende Zusatz „in solidum“ könne nicht wohl auf die mutua fidejussio bezogen, er könne vielmehr nur gedacht werden als dieser nachfolgend; es entstehe daher eine eigentliche Correal-Obligation[70]). Man sieht, wie sehr auch Rückert hier der von Donell vertretenen Ansicht sich nähert. Er erkennt dies auch sehr wohl und sagt nun: da diese aus inneren Gründen völlig zu verwerfen sei, so müsse man sich auf irgend welchem Wege zu helfen suchen. Er setzt daher dem ersten Falle nicht, wie jene Ansicht, die alterna fidejussio correorum entgegen, sondern — die intercessio principalis. Wenn wir ihn nun recht

---

69) Principia juris Romani de except. quam vocant divisionis (Gott. 1852). p. 42 seq.; vgl. auch in der Zeitschr. f. Civilrecht u. Prozeß. N. F. Bd. 12. S. 55 ff.

70) Die Unrichtigkeit dieser Anschauungsweise braucht nach unseren Ausführungen in §. 5 und 6 hier nicht noch besonders nachgewiesen zu werden. Namentlich zerfällt die Berufung auf das „pactum servari“ der Vulgata (auf deren Text der Verf. überhaupt ein viel zu großes Gewicht legt) — ein Ausdruck, welcher die Beziehung auf die fidejussio (d. i. einen contractus) nicht zulasse —, in sich selbst, weil der griechische Originaltext sich des ganz allgemeinen Ausdrucks „φυλάττεσθαι μὲν τὸ σύμφωνον“ bedient.

verstehen, so soll diese intercessio principalis nichts anders sein, als die wirkliche Correal-Obligation. Der Gedankengang Justinian's sei nämlich folgender: „Postquam significavit hac in specie „debitorum" (im ersten Falle der einfachen wechselsweisen Verbürgung) „sufficere ea, quae prius disposuerit, transit ita, „ut proponat pactum adjectum, quo singuli in solidum se ob„strinxerint, ad aliud intercessionis genus, sed tenet „propositam speciem eorum debitorum, qui invicem inter se „fidejusserint, quam ut retractet, res haud ita postulat." Abgesehen nun davon, daß die durch ausdrückliche Verabredung entstehende Correal-Obligation an und für sich gar kein „genus intercessionis" ist, vermissen wir eine Ausführung, wie der Text der Novelle mit dieser Anschauung vereinigt werden könnte. Der Verfasser legt daher auch das Bekenntniß ab: „Negari quidem „non potest, parum feliciter et ineleganter legislatorem rem „explicare." Wir müssen gestehen, daß wir nicht bloß ebenfalls dieser Meinung sind, sondern daß wir einer so überaus gezwungenen Schwenkung zur communis opinio jeden andern Weg vorziehen würden.

§. 12.
Resultate.

In den vorhergehenden Erörterungen glauben wir mit Evidenz die Unrichtigkeit der bisherigen Meinungen über das Objekt der Nov. 99 nachgewiesen zu haben. Fast einem jeden dieser Interpretations-Versuche standen innere und äußere Gründe in größerer oder geringerer Zahl entgegen, immer aber ausreichend, dieselben als unwahrscheinlich, theilweise unmöglich, erscheinen zu lassen. Mindestens eins der Haupt-Erfordernisse — Zusammenhang mit Nov. 4; Möglichkeit aus den Vorschriften der letztern die der Nov. 99 zu motiviren; endlich Construirbarkeit aus dem griechischen Original-Texte — fehlte überall.

Besonders sind nun aber die wieder in neuester Zeit auftauchenden Versuche, die Streitfrage dadurch zu lösen, daß man (mit einem Theile schon der Glossatoren) passive Correal-Obligation und wechselsweise Verbürgung identificirt, auf das Entschiedenste zu verwerfen. Wir haben die verschiedenen dahin zielenden

Bestrebungen im Einzelnen bereits zu widerlegen versucht. Beide Verpflichtungsarten sind, wie wir im Laufe dieser Abhandlung mehrfach hervorzuheben hatten, zur Sicherung des Gläubigers angewandte Nebenverträge, die außer diesem Zweck nichts gemein haben. Dieser Zweck wird in beiden Fällen, aber doch im Ganzen in höchst verschiedener Weise erreicht, und schon aus diesem Grunde ist ein Zusammenwerfen beider Verhältnisse unmöglich. Gerade weil die Römer die Form der wechselsweisen Verbürgung als eine Art, den Gläubiger zu sichern, kannten, konnten sie den Fall der Eingehung einer Correal-Obligation nicht so ansehen, als ob hier die einzelnen Schuldner sich für die Raten ihrer Mitschuldner hätten verbürgen wollen. Denn, wo sie dies wollten, stand ihnen die bestimmte hierzu dienende Form zu Gebote. Das Nichtwählen der wechselsweisen Verbürgung im einzelnen Fall läßt also schließen, daß man in demselben an diese Verpflichtungsart gar nicht gedacht hatte.

Es ist nun aber auch völlig unrichtig, daß in materieller Beziehung die Correal-Obligation regelmäßig als wechselsweise Verbürgung aufzufassen sei. Letztere setzt ja stets eine von Anfang an gleichmäßig getheilte Schuld voraus, wogegen die Correal-Obligation die verschiedensten denkbaren Verhältnisse unter den Schuldnern umschließt, namentlich nachweisbar auch in dem Falle angewandt wurde, wo, weil nur Einer den Vortheil aus dem Geschäfte zog, z. B. das ganze Darlehen erhielt, die übrigen sich correaliter Verpflichtenden, materiell angesehen, Bürgen dieses Einen waren [71]. Es ist dies gerade charakteristisch für die Correal-Obligation, daß sie das unterliegende Verhältniß der Schuldner unter einander, weil dies für das Recht der Gläubiger ganz gleichgiltig sein soll, gar nicht durchblicken läßt [72].

Man ist daher einen Schritt weiter gegangen und hat unterschieden; nur in dem Falle solle die Correal-Obligation als wech-

---

71) Cf. l. 4. Cod. de duob. reis (8. 40).

72) Dieser Satz ist vortrefflich ausgeführt von Anton. Faber: Conjecturarum juris civ. Lib. 11. cap. 1. („Ex pluribus correis debendi non semper pro fidejussore habendum eum, ad quem pecunia non pervenerit.“)

selsweise Verbürgung aufzufassen sein, wenn die Mitschuldner zu gleichen Theilen an den Vortheilen der eingegangenen Verpflichtung participirt hätten (Vangerow). Wenn nun an diesen Unterschied das beneficium der Novelle 99 geknüpft wird, so ist auf den ersten Blick ersichtlich, in welche Verwirrung das ganze Institut der Correal-Obligation gestürzt wird, in welche prekäre Lage namentlich der Gläubiger versetzt ist. Jetzt muß es auf eine Sach-Untersuchung ankommen, ob wirklich die mehreren Schuldner zu gleichen Theilen das vom Gläubiger erhaltene Darlehen, ob sie das gemeinschaftlich erkaufte Grundstück unter sich gleichmäßig getheilt haben u. s. w. Dies kann der Gläubiger in der Regel gar nicht wissen; er kann daher auch niemals mit Bestimmtheit voraussehen, ob er eine Solidar-Klage hat oder ob er sie zu theilen gezwungen ist. Das ergötzlichste Ergebniß einer solchen Unterscheidung der materiellen Grundlage der Correal-Verpflichtung ist aber Folgendes: Derjenige Schuldner, welcher sich correaliter ver- verpflichtet hat, ohne etwas von dem Objecte der Obligation erhalten zu haben (der also materiell als Bürge des Mitschuldners anzusehen wäre), würde sich nicht auf das beneficium der Novelle berufen dürfen, müßte also unbedingt, wenn er in solidum belangt würde, die ganze Schuld zahlen. Er wäre also schlechter gestellt, als jeder einzelne von den Correal-Schuldnern, welche wirklich einen Theil des Darlehens u. s. w. in Empfang genommen, weil nur diese (materiell betrachtet) als wechselseitige Bürgen angesehen werden sollen. Man sieht, zu welchen seltsamen Inconsequenzen eine solche Unterscheidung führen würde [73]. —

Wir wenden uns nun noch einmal zu der von uns verfochtenen Interpretation zurück. Sie ist, wie das in Folge ihres erst neuerlichen Bekanntwerdens natürlich, so viel wir wissen erst einmal einer kritischen Beleuchtung unterworfen worden. Der bei

73) Eine Fortbildung des Vangerow'schen Satzes (um diese Inconsequenz zu vermeiden) würde dahin führen, daß demjenigen Correal-Schuldner, welcher gar nichts von dem aufgenommenen Gelde u. s. w. erhalten hätte, — das beneficium excussionis gegeben werden müßte; d. i. zu einer vollständigen Aufhebung der Hauptwirkung der Correal-Obligation.

dieser Gelegenheit in principieller Beziehung gegen sie erhobene Einwurf beruht nun gerade auf der eben besprochenen Theorie von der materiellen Uebereinstimmung von wechselsweiser Verbürgung und Correal-Obligation wenigstens in einem Falle der letztern. Hr. v. Vangerow sagt nämlich[74]: „Während ich „nur eine materielle Intercession als nothwendige Voraus„setzung ansehe, legt Dedekind alles Gewicht darauf, daß auch „formell eine wechselseitige Intercession, eine eigentliche Bürg„schaft abgeschlossen sei. Darin geht er nun m. E. entschieden „zu weit: ob die gemeinsamen Schuldner gerade sagen, sie ver„bürgten sich unter einander in der Weise, daß auch jeder Ein„zelne von ihnen für das Ganze haften wolle, oder ob sie ohne „Erwähnung der Bürgschaft nur einfach dem Gläubiger zusichern, „daß Jeder von ihnen für das Ganze einstehen werde, kann ge„wiß keinen so wesentlichen Unterschied begründen, wie Dedekind „ihn statuiren will; nach jeder der beiden Ausdrucksweisen nimmt „Jeder der Schuldner auch die Schuld der Uebrigen „auf sich, und gerade nur dieses materielle Element, nicht die „Form der Bürgschaft ist es, was durch das Wort ἀλληλεγγύως „ausgedrückt werden soll."

Nach unsrer obigen Ausführung wird es einer Widerlegung der hier ausgesprochenen Grundanschauung nicht mehr bedürfen. Wir müssen nur noch Act davon nehmen, daß in den letztcitirten Worten, welche seiner eigenen Erklärung des ἀλληλεγγύως so auffallend widersprechen (vgl. a. a. O. S. 87 f.), eine Schwenkung liegt, welche den verehrten Gegner direkt in das Lager der communis opinio treibt.

Die übrigen Ausstellungen, welche sich ausschließlich auf unsere neue Wort-Interpretation beziehen, sind bereits gehörigen Orts (§. 6) widerlegt. Wir haben namentlich nachgewiesen, daß in der Hinzufügung des in solidum bei Eingehung einer wechselsweisen Verbürgung keineswegs die Abschließung einer besondern Correal-Obligation liegt; daß, wenn in Bezug auf eine solche complicirte Verpflichtungsweise gesagt wird, es solle der Vertrag gewahrt werden, diese Worte mindestens mit eben so viel Wahr-

74) a. a. O. S. 95 f.

scheinlichkeit auf die wechselsweise Verbürgung, d. i. die Hauptverabredung, als auf den derselben hinzugefügten Zusatz „in solidum“ bezogen werden können — eine Wahrscheinlichkeit, die bei specieller Betrachtung der Textesworte zur Gewißheit wird —; daß endlich die für den von uns angenommenen Fall vom Kaiser getroffene Entscheidung sich auf's Natürlichste aus der vorausgegangenen Nov. 4 erklärt und durchaus nicht ohne Vorgang ist.

Diese Einwendungen können uns mithin nicht bewegen, unsre Auffassung als eine verfehlte zurückzunehmen; wir sind sogar kühn genug zu glauben, daß sie sich hie und da Freunde unter den Theoretikern erwerben wird[75]. — Fassen wir sie hier noch einmal in möglichster Kürze zusammen.

Nach Erlaß der Novelle 4, welche implicite auch die wechselsweise Verbürgung mehrerer Schuldner berührte, war diese Verpflichtungsart in ihrem Erfolge, insbesondere was das Klagerecht des Gläubigers betrifft, noch verschiedener von der einfachen correalen Verpflichtung geworden, als sie es bis dahin gewesen. Es kamen nun Fälle vor, wo mehrere Schuldner sich der wechselsweisen Verbürgung, aber mit Hinzufügung des Wortes in solidum oder eines ähnlichen bedienten. Hier war es unzweifelhaft, daß als Grundlage des Verhältnisses die Bürgschafts-Qualität der gebrauchten Formel (das Fidejubere im Gegensatz zu dem einfachen Spondere oder Promittere) angesehen werden mußte. Aber wohl konnten darüber Zweifel entstehen, was die Contrahenten mit dem Zusatz „in solidum“ beabsichtigt hatten. An ein Nebeneinander von wechselseitiger Bürgschaft und correaler Haftung konnte man nicht denken; denn hätte man diese (zwecklose) Haftungsweise beabsichtigt, so hätte man sich der für die Begründung der Correal-Obligation durch Stipulation vorgeschriebenen Formel bedienen müssen; denn durch die Hinzufügung eines Ausdrucks, wie „in solidum“ in einer andern Stipulations-Formel konnten die Schuldner noch nicht zu „duo rei pro-

75) Hr. v. Helmolt hat sie (allerdings ohne den Verfasser an dieser Stelle zu nennen) bereits recipirt (Correal-Oblig. S. 110 ff.). Er geht freilich auf den Text (namentlich den griechischen) nicht besonders ein, ertheilt aber den allgemeinen Gründen seine volle Zustimmung.

mittendi" werden. Eher konnte man dagegen in dem Gebrauche dieses Wortes einen Verzicht auf das durch Novelle 4 gewährte Beneficium sehen. Denn dies wurde ja bei dem eigenthümlichen Charakter der wechselsweisen Verbürgung für Schuldner, welche sich in dieser Weise verpflichtet hatten, zu einem beneficium divisionis, und gerade der Ausdruck in solidum ist diejenige allgemeine Bezeichnung, mit welcher der Gegensatz zu der Theilhaftung (sei es ipso jure, sei es ope exceptionis) ausgedrückt zu werden pflegt. — Genug, es herrschten über die Bedeutung eines solchen Zusatzes Zweifel, welche eben nach der Nov. 4 von praktischer Bedeutung werden mußten [76].

Die Entscheidung Justinian's bezieht sich nun eben nur auf diese Controverse. Sie ist eine ziemlich willkürliche Entscheidung, aber doch im Ganzen höchst vernünftig. So viel war klar, daß, wenn die Schuldner sich in solidum Einer für den Andern hatten verbürgen müssen, die Parteien eine ganz besondere Sicherung des Gläubigers gewollt hatten, in höherem Grade noch, als durch wechselsweise Verbürgung möglich war. Das soll der Gläubiger nun auch erreichen, entscheidet Justinian, ohne daß doch das ursprüngliche Verhältniß, die partielle Bürgschafts-Qualität der Obligation, darum aufgehoben werde.

Hiernach ist nun auch der Einwand unbegründet, daß, wenn

---

76) Donell erklärt die Novelle noch aus einer andern Veranlassung. Er beschreibt die Natur der wechselsweisen Verbürgung folgendermaßen — „Quod ita fit in duobus, quum unus primo et principaliter promittens „aperte fidejussorem dat, sed et fidejussor rursum sic accipitur, ut reus, „qui prius promiserat, pro eo fidejubeat." Jeder sei also Schuldner des Ganzen und Bürge des Ganzen geworden. So habe denn die Nov. 4 herbeigeführt, daß Jeder, welcher belangt wurde, als Bürge für das Ganze auch die Vorausklagung des Andern wegen der ganzen Schuld habe verlangen können. Der Gläubiger sei also vom Einen zum Andern geschickt, ohne Befriedigung zu erlangen. — Es ist diese Anschauung, weil auf einer falschen Ansicht von der wechselsweisen Verbürgung beruhend, unrichtig. Scheinbarer ist sie in dem zweiten Falle der Novelle 99, wo die Schuldner sich „in solidum", auf das Ganze, für einander verbürgt haben. Allein hier möchte denn doch jeder Richter dem Gläubiger gegen eine solche Chikane, welche jede Haftung der Schuldner zu einer illusorischen gemacht hätte, eine replicatio doli gegeben haben.

in einem Falle, wo der Ausdruck in solidum gebraucht worden, ein beneficium divisionis eingeführt werde, eine Ausdehnung desselben auf alle anderen solidarischen Obligationen zulässig sein müsse. Denn der Grund der Einführung desselben in unserem Falle, wo man sich ja der Fidejussions-Stipulation und nicht der Correal-Stipulation bedient hatte, beruht auf der Begünstigung, welche den Bürgen im Gegensatz zu anderen in solidum haftenden Schuldnern gewährt wird. Eine Ausdehnung aber auf Fälle, in denen eine solche Bürgschafts-Qualität der gewollten Verpflichtung nicht ersichtlich ist, würde nicht allein den allgemeinen Regeln über die Auslegung und Anwendung der Gesetze, sondern auch dem ganzen bisherigen Verlaufe der römischen Gesetzgebung in Bezug auf die Ertheilung des beneficium divisionis zuwider sein. —

Anders hat nun, wie wir sahen, der seit Jahrhunderten herrschende Gerichtsgebrauch[77]) entschieden. In Bezug auf diesen müssen wir noch Einiges hinzufügen. Wie er einmal besteht, gibt er wieder Veranlassung zu einer Reihe nicht unwichtiger Streitfragen, von denen wenigstens einige hier zu erwähnen sind.

I. Es fragt sich zunächst, auf welche Personen das in der Novelle 99 ertheilte beneficium sich beziehen soll. Nach der engern Auffassung nur auf alle solche Mitschuldner, welche ausdrücklich erklärt haben, in solidum, d. i. als Correal-Schuldner, haften zu wollen; nach einer andern auf alle aus irgend welchem Grunde haftende Solidar-Schuldner. Wir stehen nicht an, uns

---

77) Dem wir uns ebenso ungern unterwerfen müssen, wie dies Ronchegallus that. Nachdem er gesagt hatte (l. c. s. n. 103): „Miror equidem ac doleo nec sat scio, quo pacto fieri potuit, quod vel Irnerius ipse, vel caeteri omnes, qui illius vestigia sunt secuti, adduci potuerint, ut crederent, unica duntaxat brevi constitutione voluisse Justinianum tot juris contextus in tractatione reorum debendi, tantis vigiliis excogitatos, promulgatosque et in nova juris compilatione receptos antiquari" ...., schließt er seine Besprechung mit den Worten: „Verum quia usu nostrorum est receptum, potiorem esse communem legis intelligentiam Doctorum ipsius legis veritate: ideo secutus aliorum errorem, regulam in contrarium formabo, quam nonnullis deinde limitationibus arctabo."

für die letztere Auffassung zu entscheiden. Theils spricht dafür eine nachweisbare Praxis, theils gilt der Grund, welchen man für die Gewährung dieser Rechtswohlthat anführt, nicht bloß bei eigentlichen Correal-Schuldnern, sondern auch (und vielleicht in noch höherm Grade) bei anderen Solidar-Schuldnern. Uebrigens spricht ja der Wortlaut der Novelle weder für die eine noch für die andere Ansicht.

II. Von den (willkürlichen) Ausnahmen, welche auch die weitere Auffassung noch statuirt, lassen wir die gelten, daß die ertheilte Rechtswohlthat auf solche Personen nicht anwendbar sei, welche zum solidarischen Schadensersatz aus Delicten verpflichtet sind. Hiefür hat sich mindestens die Praxis erklärt. Nicht so ist es mit einem andern Falle. Einen Grund nämlich, das beneficium denjenigen zu verweigern, welche in Folge einer letztwilligen Verfügung correi geworden sind[78]), können wir nicht auffinden. Denn wenn, wie wir nach Lage der Praxis annehmen müssen, an jede Correal- wie Solidar-Schuld die fragliche Rechtswohlthat ipso jure geknüpft ist, so geht auch präsumtiv der Wille des Testators, welcher mehreren Erben z. B. die solidarische Zahlung eines Legates auferlegt, auf Constituirung einer mit dem beneficium versehenen Correalschuld. Wir sagen präsumtiv; denn wie Contrahenten durch besondern Verzicht der Rechtswohlthat entsagen dürfen, so wird auch der Erblasser dieselbe durch ausdrückliche Bestimmung ausschließen können. — Wie ist es aber in dem Falle, wo Mitschuldner durch ein Erkenntniß zur solidarischen Zahlung verurtheilt werden? Abgesehen davon, daß der Natur der Sache nach von der Möglichkeit einer prozessualischen Geltendmachung des beneficii kaum noch wird die Rede sein können, schließt hier der Wille des erkennenden Richters, der zur solidarischen Zahlung (nicht Haftung) verurtheilt, unzweifelhaft seine Anwendbarkeit aus. — Höchst relevant ist die Frage, ob das beneficium bei mehreren Handelsgesellschaftern, was deren Haftungspflicht aus

---

78) So wollen es z. B. Puchta, Vorles. Bd. 2. S. 36; Sintenis, a. a. O. Bd. 2. S. 135 a. E.; Seuffert, Pand. Bd. 2. §. 228. S. 9. Als Gegner dieser Ansicht ist uns nur Rückert, l. c. p. 48 bekannt.

Handlungen ihrer Institoren betrifft, wegfalle. Der Ausschluß desselben scheint eine übereinstimmende Praxis für sich zu haben[79]. Andere Gründe, als die der Nützlichkeit, lassen sich dafür nicht anführen, da die zum Beweise benutzten Gesetzesstellen durch die Nov. 99 (in ihrer Auffassung von Seiten der Praxis) als abgeändert anzusehen sind.

III. Wie ist das durch unsere Novelle (also allen Solidar-Schuldnern) ertheilte beneficium geltend zu machen? Unzweifelhaft exceptivisch. Auch ist man darüber einig, daß das in derselben vorgeschriebene Adcitirungs-Verfahren durch den Richter den heutigen Prozeß-Regeln nicht mehr entspricht. Wer also heutzutage sich auf die betreffende Rechtswohlthat beruft, hat einredend geltend zu machen und im Fall des Läugnens zu erweisen, daß er Mitschuldner habe, und daß diese (mindestens zum Theil) solvent und (nach der heutigen Auffassung der praesentia) in demselben Gerichtssprengel verklagbar seien. Das Resultat des Gelingens eines solchen Beweises ist, daß der Beklagte für jetzt davon befreit wird, mehr als die auf Grund desselben ihn treffende Rate zu zahlen. Doch ist die Befreiung nur eine provisorische (die Einrede daher ihrem innern Wesen nach eine dilatorische), indem dem Gläubiger, welcher seine Befriedigung von den übrigen Mitschuldnern nicht erlangt, das Recht zusteht, deshalb auf den zuerst Belangten zu recurriren. Man muß diesen Satz statuiren, weil sonst die Gefahr des Gläubigers (welche durch das von der Novelle vorgeschriebene, jetzt nicht mehr anwendbare Adcitations-Verfahren durch den Richter vollständig beseitigt war) unvernünftig gesteigert würde[80].

---

79) Vgl. Glück, Comm. Bd. 15. §. 970. Not. 42; Thöl, Handelsrecht. Bd. 1. (3. Aufl. 1854.) §. 37. Anm. 8; Erk. des L.-G. zu Wolfenbüttel v. 18. Juni 1839 (bei Matthiae, Controv.-Lex. Bd. 1. S. 88); Erk. des O.-A.-G. zu Dresden v. 24. Febr. 1849 (in Seuffert's Archiv Bd. 3. Nr. 360); Siegmann in Tauchnitz' Zeitschr. f. Rechtspfl. u. Verwalt. N. F. Bd. 14 (1856). S. 387. 395; vgl. Erk. d. O.-A.-G. zu Dresden v. Nov. 1855 (ebendas. Bd. 15. S. 137 ff.).

80) Dieser Ansicht sind (vorausgesetzt, daß dem Gläubiger keine Nachlässigkeit vorzuwerfen ist) z. B. Fritz Erläuterungen zu Wening-Ingenheim. Bd. 2. S. 198; Sintenis, a. a. O. §. 89. Anm. 36.

IV. Verhältniß der in der Novelle ertheilten Rechtswohlthat zu dem den Bürgen u. s. w. zustehenden beneficium divisionis. Die richtige Auffassung dieses Verhältnisses ist von großer praktischer Wichtigkeit. Wer in unserer Novelle nichts sieht, als die Bestimmung, daß jenes beneficium divisionis auf alle Solidarschulden ausgedehnt werden solle, der wird beide Rechtswohlthaten als identisch betrachten und daher die eine aus der andern ergänzen müssen, wobei selbstverständlich im Fall des Widerspruchs das Recht der Novelle als das neuere dem ältern vorzuziehen ist. Diese Ansicht ist nun aber eine ziemlich willkürliche. Auch wenn wir mit der Praxis annehmen, daß die Vorschrift unseres Gesetzes auf alle solidarisch haftenden Schuldner zu beziehen sei, so erscheint doch das in ihr ertheilte Beneficium, welches sich in wesentlichen Punkten von dem alten beneficium ex epistola D. Hadriani unterscheidet[81]), so selbständig skizzirt, daß es als ein besonderes unabhängiges Privilegium sehr wohl bestehen kann. Vor Allem aber deutet kein Wort des Textes an, daß das für Bürgschafts- und ähnliche Verhältnisse herrschende und sich einer detaillirten Ausbildung bereits erfreuende Recht der Theilung habe ergänzt oder modificirt werden sollen. Wir müssen daher annehmen, daß das beneficium divisionis ex epistola D. Hadriani noch heute in der Gestaltung fortbestehe, welche uns in den drei älteren Theilen des Corpus juris überliefert ist; daß andrerseits aber auch die jenem eigenthümlichen Vorschriften nicht ohne Weiteres auf das in der Novelle ertheilte Privilegium zu übertragen sind. Es ist mithin der bei dem letztern anzunehmende Rechtssatz, daß der in solidum Belangte durch Vorschützung der fraglichen Einrede nicht für immer, sondern nur provisorisch frei werde, auf das bei der Bürgschaft geltende beneficium keineswegs zu erstrecken. Hier muß vielmehr das complicirtere Verhältniß, wonach sich der die Einrede erweisende Mitbürge regelmäßig in omne eventum

81) Die Rechtswohlthat der Nov. 99 ist ja — nach der richtigen Ansicht — nur das etwas modificirte beneficium excussionis der Nov. 4, welches aber in seiner Anwendung auf wechselseitige Bürgen den Charakter eines beneficium divisionis annimmt.

liberirt[82]), bestehen bleiben. Ebenso wenig gilt hier als Erforderniß der Einrede die Präsenz der Mitbürgen[83]), welche für das in der Novelle ertheilte beneficium vorgeschrieben ist. Andrerseits kann beispielsweise der bei dem ältern beneficium vorkommende Ausschluß desselben im Fall des böslichen Läugnens der Bürgschaftsleistung auf die Fälle nicht erstreckt werden, in welchen die Rechtswohlthat der Novelle anwendbar ist[84]).

V. Was endlich den anscheinend so höchst wichtigen Satz betrifft, welchen die neuere opinio communis aus der ersten in der Novelle enthaltenen Vorschrift ableitet — den nämlich, daß nur da eine eigentliche Correal-Obligation angenommen werden solle, wo ausdrücklich hervorgehoben worden, man wolle „in solidum“ haften —, so ist zunächst zu beachten, daß derselbe für uns von der praktischen Wirkung nicht ist, welche er noch zu Justinian's Zeit hatte. Bis zu ihm galt und war in täglichem Gebrauche als häufigste Form der Eingehung der Correal-Obligation (wie dies schon mehrfach hervorgehoben) eine bestimmte Stipulations-Formel, in welcher der Ausdruck „in solidum“ nicht vorkam. Die Bestimmung, daß diese Formel an und für sich zur Begründung der Correal-Obligation nicht mehr hinreichend sein solle, wäre also zu Justinian's Zeit weittragend genug gewesen, während sie bei uns, die wir die Stipulation nicht recipirt haben, an und für sich irrelevant ist. Aber jener Satz erleidet

---

82) Cf. Dedekind, l. c. §. 49 sq.

83) Ebendaselbst §. 45. Denn die Annahme dieses Erfordernisses auch für das beneficium ex epistola D. Hadriani stützt sich einzig und allein auf die Analogie der Nov. 99.

84) In Bezug auf diesen Satz ist einverstanden Fritz a. a. O. S. 197. Sintenis, a. a. O. Anm. 39 verwirft diese Ausnahme für alle Fälle als unpraktisch, aber mit Unrecht: vgl. Dedekind l. c. §. 59. — Uebrigens nimmt im Gegensatze zu der im Texte aufgestellten Behauptung die Praxis das Wegfallen des beneficii im Fall des Läugnens der Schuld auch bei den von der Nov. 99 getroffenen Obligationen an. Vgl. Martin, Rechtsgutachten. Bd. 1. S. 346. In ähnlicher Weise hat sie denselben Rechtssatz sogar auf das beneficium excussionis erstreckt. Vgl. Seuffert's Archiv. Bd. 2. Nr. 182; Tauchnitz Zeitschr. f. Rechtspflege. N. F. Bd. 11. S. 276. 277; Bd. 14. S. 128 ff.

auch nach der richtigern Ansicht eine bedeutende Beschränkung. Denn, wenn Justinian sagt, es solle „der Vertrag (der Correal-Obligation) gewahrt werden, wenn etwas Derartiges wie „in solidum“ hinzugefügt sei“, so geht daraus hervor, daß er die Entstehung der correalen Haftung nicht ausschließlich an den Gebrauch des Wortes „in solidum“ („εἰς ὁλόκληρον“) binden will, sondern nur vorschreibt, es müsse ein Ausdruck gebraucht sein, welcher den Willen der Parteien gerade in dieser Weise zu haften, nach dem Sprachgebrauche ersehen lasse[85]. Es kann also kein Zweifel sein, daß die Entstehung der Correal-Obligation heutzutage nicht an den Gebrauch des Wortes „solidarisch“ gebunden ist, sondern daß auch andere ähnliche, wie „Einer für Alle und Alle für Einen“ und wie sie sonst noch vorkommen mögen, denselben Erfolg herbeiführen. —

Hiermit wären wir am Schlusse unserer Untersuchungen angelangt. Wir können aber nicht umhin, noch eines in unsere Materie einschlagenden Curiosums zu erwähnen. In Petri Exceptiones Legum Romanorum Lib. 2. cap. 11[86]) lesen wir unter der Ueberschrift: „Si duo vel plures pecuniam promittant“ folgenden Satz:

> Si duo vel plures simul pecuniam promittant, unusquisque eorum pro portione sua teneatur; nisi specialiter et expresse dictum sit, ut vel creditor, a quocunque velit,

---

85) Es wird dieser wichtige Umstand schon in einer alten, ganz beachtenswerthen Dissertation des Paulus Hornigius treffend hervorgehoben (Diss., unam plurium obligationem publice ventilandam exhib. Lips. 1655. §. XLV). Wenn man hiernach die (angebliche) Absicht des Kaisers auf die Vorschrift: es solle in Zukunft nur bei ausdrücklicher Willenserklärung eine Correal-Obligation angenommen werden —, beschränken muß, so würde in derselben gar nichts Neues liegen, insbesondere die alte Entstehungsform durch eine bestimmte Wortformel (ohne besondern Gebrauch des Worts „in solidum“) gar noch nicht ausgeschlossen werden, weil gerade sie diesen Willen der Parteien nach dem Sprachgebrauche damals am Evidentesten ausdrückte. Es ist dies wieder ein Grund gegen die communis opinio, welche mit Emphase obigen Satz als eine weittragende Neuerung hervorzuheben pflegt.

86) Im Anhange zum Bd. 2 von v. Savigny's Geschichte des Römischen Rechts im Mittelalter.

solidum petat, vel quod vicissim alter pro altero fidejussor existat.

Also wörtlich: „Wenn Zwei oder Mehrere gemeinschaftlich „eine Summe promittiren, so soll Jeder von ihnen auf seinen „Kopftheil haften; es müßte denn speciell und ausdrücklich gesagt „sein, entweder daß der Gläubiger von welchem er wolle, das „Ganze fordern dürfe, oder daß die Einzelnen sich für einander „wechselsweise verbürgten."

Es ist diese Stelle deshalb ganz interessant, weil die Schrift des Petrus dem Zeitalter der Glossatoren vorausgeht, mindestens unabhängig von denselben ist. Dürften wir nun annehmen, die Anfangsworte „Si duo vel plures simul" sollten nicht Correal-Schuldner, sondern einfache gemeinschaftliche Schuldner bedeuten, so wäre die Stelle klar und verständlich, indem sie die dreifache Verpflichtungsweise: Correalschuld, wechselsweise Verbürgung, und einfache Theilschuld ohne eine dieser Nebenverabredungen hervorhöbe. Aber es kann keinem Zweifel unterworfen sein, daß die Stelle von Correal-Schuldnern verstanden sein und gerade das Recht der Novelle 99 (oder vielmehr des Julianus; denn wie Savigny nachgewiesen hat, Petrus kannte nur diesen, nicht die Vulgat-Uebersetzung der Novellen) lehren will. In diesem Falle fand Petrus ein merkwürdiges Resultat in dem Julian, wenn er lehrt: Correal-Schuldner haften mit Ausnahme zweier Fälle nur pro rata; die Ausnahmen sind: 1) ausdrückliche Erklärung, in solidum haften zu wollen, 2) wechselsweise Verbürgung. Man könnte hierin also wieder eine unabhängige Ansicht über den Sinn unserer Novelle finden, wenn die Entstehung derselben aus einem Misverstehen des Julian nicht zu offenbar wäre. Dagegen hat Petrus den Inhalt der Novelle 4 ganz richtig angegeben, wenn er Lib. 2. cap. 27 sagt: „Si quis debitorem et fidejussorem habet, prius a debitore, quam a fidejussore debitum petat. Deinde si debitum non solverit, a fidejussore petat" —.

Nachtrag zu §. 3.

Gegen die von dem Verf. schon früher versuchte und oben im §. 3 (S. 270 ff.) wiederholte Erklärung der Anfangsworte der l. 11 pr. D. de duob. reis (45. 2) hat neuerlich v. Helmolt

(Correal=Oblig. Gießen, 1857. S. 109 f.) Ausstellungen erhoben, die uns unbegründet erscheinen. Denn die Aufnahme auch des im princ. der l. 11 in den Titel de duobus reis erklärt sich einfach genug aus seinem Zusammenhange mit der von dem eigentlichen Correal=Obligation handelnden andern Theile der Stelle und daraus, daß ja auch im princ. von der Correal=Obligation, mit welcher ein nahe verwandtes Verhältniß verglichen wird, ausdrücklich die Rede ist. Der andere Einwand beruht auf der Annahme, daß der Gläubiger rücksichtlich der Mora dem Bürgen gegenüber besser gestellt sei, als dem Correal=Schuldner; v. Helmolt meint, es könne aus diesem Grunde sehr wohl im Anfange der Stelle gesagt werden, die Vereinigung beider Verabredungen sei auch für den Gläubiger vortheilhaft. Aber dann würde doch Papinian in dem Folgesatze (welchen er mit „itaque" einleitet) gerade diesen (einzigen) Vortheil des Gläubigers habe hervorheben müssen, während er statt dessen von dem solidarischen Klagrecht spricht, welches, wie vortheilhaft es auch ist, doch nicht im Mindesten erst der fraglichen Combination seinen Ursprung verdankt. —

XVI.

Das französische bürgerliche Verfahren, seine Gebrechen und die möglichen Verbesserungen mit Rücksicht auf die neueste Prüfung in Frankreich.

Von

Mittermaier.

Die Bedeutung, welche die französische Gesetzgebung auf die Gesetzgebungsarbeiten aller Länder auch in Bezug auf die Umgestaltung des bürgerlichen Verfahrens mehr oder minder hat und der Ernst mit welchem in Frankreich neuerlich selbst die Wissenschaft mit Anerkennung der großen Mängel der französ. Civilprozeßordnung die Art der Verbesserung derselben zum Gegenstande ihrer Forschungen macht, rechtfertigt es, wenn auch in dieser Zeitschrift,